

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le lundi 16 décembre 1912 à 1 h. 1/2

PAR

Jean LESAGE DUHAZAY

Licencié ès-lettres

JURY : *Président* : WEISS, Professeur.
Assesseurs { RENAULT, Professeur.
LESEUR, Professeur.

PARIS

ÉDITIONS DES JURIS-CLASSEURS, 18, RUE SÉGUIER

—
1912

*De la clause de répartition
d'intérêts
en l'absence de bénéfices*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le lundi 16 décembre 1912 à 1 h. 1/2

PAR

Jean LESAGE DUHAZAY

Licencié ès-lettres



JURY : *Président* : WEISS, Professeur.

Assesseurs } RENAULT, Professeur.
LESEUR, Professeur.

PARIS

ÉDITIONS DES JURIS-CLASSEURS, 18, RUE SÉGUIER

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

De la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices

(Contribution à l'étude des Sociétés Commerciales)

INTRODUCTION

« Le contrat de société consiste dans la mise en commun de biens quelconques en vue d'en retirer un bénéfice. » Ce bénéfice, représenté par l'excédent des recettes sur les dépenses, constaté par l'inventaire en fin d'exercice, sera distribué d'ordinaire aux associés chaque année, au prorata de leur mise, sous le nom de dividende. Distribuer à ses sociétaires des dividendes, tel est le but de toute société commerciale.

Mais il peut arriver qu'une entreprise, au moins dans les premières années de son fonctionnement, ne réalise pas de bénéfices, soit que la malchance ou la maladresse des dirigeants empêche la réussite de ses opérations, soit que la nature de l'exploitation exige pendant plusieurs mois, voire plusieurs années, des déboursés sans compensation. Il est à supposer néanmoins que les associés ne se résigneront pas à laisser indéfiniment leurs capi-

taux improductifs et prétendront retirer de leur apport une rémunération quelconque.

Il existe deux moyens de leur donner satisfaction ; si les fondateurs de la société ont été assez sagement inspirés pour faire figurer dans les statuts une stipulation moyennant laquelle les associés pourront, quel qu'ait été le résultat des opérations sociales, toucher une rétribution représentant à peu près le revenu d'un placement normal, en compensation de l'immobilisation de leur mise, la rémunération octroyée aux associés portera le nom de répartition d'intérêts, et la stipulation en vertu de laquelle cette répartition sera faite s'appellera « clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices ». L'examen de la nature et des conséquences de cette stipulation sera l'objet de la présente étude.

Au cas où les statuts ne contiendraient pas trace d'une clause de cette nature, il faudra, si l'on veut conjurer les effets du mécontentement des sociétaires, leur distribuer des dividendes fictifs.

Ce dernier procédé de rémunération des parts sociales constitue une pratique en contradiction absolue avec les règles fondamentales du contrat de société. Le mot dividende signifie bénéfices partagés : à défaut de bénéfices, les dividendes n'ont pas de raison d'être. La distribution de dividendes en l'absence de bénéfices est au premier chef une manœuvre frauduleuse, destinée à inspirer aux tiers disposés à contracter avec la société et aux associés eux-mêmes une confiance dénuée de fondement dans

l'avenir de la société, en faisant paraître à leurs yeux le mirage d'une prospérité mensongère. En outre l'actif déjà entamé par les pertes de l'exercice se trouve encore diminué par le prélèvement des sommes distribuées aux actionnaires : deuxième danger des dividendes fictifs.

Le moyen habituellement employé par les gérants ou administrateurs des Sociétés pour donner une apparence de raison à ces répartitions illicites, — qui ne peuvent profiter en réalité qu'à eux-mêmes, en leur permettant de tirer parti du crédit ainsi conféré à l'entreprise — est la fabrication et la publication d'un inventaire mentionnant des profits fictifs. D'où l'appellation de fictifs donnée aux dividendes.

On comprend que toutes les lois qui ont réglementé la matière des sociétés aient sévèrement réprimé une pratique aussi contraire à la probité et aussi fatale au crédit. Les vrais responsables de la distribution de dividendes fictifs, c'est-à-dire les dirigeants des sociétés, s'exposent non seulement aux condamnations civiles, résultant tant de l'application du droit commun que de la législation spéciale aux commerçants, mais encore à des sanctions pénales. Les articles 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867 assimilent cet acte au délit d'escroquerie puni par l'article 405 du Code pénal d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 50 à 3.000 francs. Les associés eux-mêmes ne sont pas toujours à l'abri du recours des créanciers sociaux : leur bonne foi cesse d'être présumée et une action en répétition peut être exercée contre

eux, lorsque les dividendes ont été touchés par eux en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire (Loi du 24 juillet 1867, art. 10). Encore n'en est-il ainsi que dans les sociétés par actions : la jurisprudence (1) en effet n'a pas jugé à propos d'étendre le bénéfice des dispositions de l'article 10 de la loi de 1867 aux membres des autres sociétés commerciales, qui, en cette matière sont soumis au droit commun (art. 549 et 550 C. civ.).

Telles sont les dispositions de la loi à l'encontre des distributions de dividendes fictifs : il est permis de ne pas les trouver encore suffisamment rigoureuses.

L'autre mode de rémunération des parts sociales auquel nous avons fait allusion n'est, au contraire du précédent, ni clandestin, ni illicite. Il résulte, nous l'avons dit, d'une clause expresse, insérée dans les statuts sociaux et conçue à peu près dans les termes suivants : « Après chaque exercice et avant tout règlement
« de bénéfices, il sera prélevé une somme proportion-
« nelle aux apports et représentative des intérêts des
« mises, fixés à %, à laquelle les associés auront droit
« à tout événement. — Cette somme est passée en frais
« généraux, au même titre que le traitement des employés
« ou les émoluments de la gérance. Ce n'est que ce pré-

(1) Civ. cass. 1^{er} juillet 1896. D. 98. 1. 335; Req. 25 nov. 1861; D. 62. 1. 366; id. 22 juin 1880; D. 81. 1. 18; Civ. cass., 15 nov. 1910; D. 1912. 1. 97.

« lèvement effectué que l'on procèdera à la détermination des bénéfices proprement dits et à la distribution des dividendes s'il y a lieu. » (1)

Tel est, sous sa forme parfaite, l'énoncé de la clause désignée tantôt sous le nom de « clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices », tantôt sous celui, beaucoup plus vague et moins satisfaisant, mais consacré, de clause « d'intérêts fixes. »

Les caractères de cette stipulation sont les suivants :

1° Elle doit *figurer dans les statuts* rédigés au moment de la fondation de la société. En principe, les membres d'une société commerciale n'ont droit qu'à des dividendes dont la distribution est subordonnée à l'existence de bénéfices. On verra que la question de savoir s'il est possible de leur attribuer une rémunération fixe a donné lieu à de nombreuses controverses. En tout cas, la clause en vertu de laquelle cette attribution pourrait être faite doit être insérée dans les statuts sociaux; tout autre mode d'établissement d'une stipulation aussi exceptionnelle ne saurait être efficace.

2° Elle doit être *formelle*. Il s'en faut de beaucoup que les rédactions habituelles de la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices soient aussi complètes et aussi précises que la formule citée plus haut. Du moins faut-il qu'elles soit suffisamment explicites pour ne pas prêter à l'équivoque. Nous le répétons, une clause de ce genre,

(1) Thaller, « De la clause de répartition d'intérêts à défaut de bénéfices dans les sociétés de commerce. » (*J. des Soc.*, 1884, p. 171).

dans un contrat de société, est tout exceptionnelle et il ne peut y être suppléé par aucune présomption.

Bien qu'il puisse sembler à première vue qu'un article des statuts ainsi conçu, par exemple : « Les intérêts de la mise seront payés à chaque associé à raison de 5 % par an » implique chez les contractants l'intention de toucher chaque année *tout au moins* le revenu de leur apport, la jurisprudence, d'accord sur ce point avec la doctrine (1), refuse de sanctionner cette prétention. Il convient donc de ne considérer la clause, sous cette forme incomplète que comme un mode particulier de partage des bénéfices (2).

Tels sont les caractères de la clause. Examinons maintenant les caractères des intérêts dont elle permet annuellement la distribution, sans rechercher toutefois pour le moment si cette appellation d'« intérêts » est parfaitement justifiée.

1° Les intérêts sont perçus *à forfait*. C'est la principale justification de leur dénomination. Ils représentent le revenu minimum annuel de chaque apport : les bénéfices sociaux, s'il y en a, viendront compléter les intérêts distribués ;

2° Les intérêts sont *prélevés sur l'actif social en fin d'exercice*, avant toute fixation de dividendes. C'est la

(1) Trib. com. de la Seine, 27 oct. 1853. D. 59. 3. 24 ; Nancy, 13 févr. 1878, *J. des Soc.*, 1881, p. 301. En ce sens : Vavas seur, *Tr. des soc. civ. et com.*, t. 1, n° 557 ; Houpin, *Traité des Sociétés*, 4^e éd. n° 725 ; Arthuys, *Sociétés*, t. 1, n° 474.

(2) Arthuys, *loc. cit.*

conséquence de ce que nous venons de dire ;

3° Les intérêts figurent *au nombre des frais généraux*. On verra plus loin l'importance de cette énonciation, d'après la jurisprudence. Signalons seulement que cette dernière ne reconnaît à la clause toute sa portée qu'à cette condition.

Cet exposé sommaire suffit à faire ressortir les différences fondamentales existant entre les deux modes de rémunération des parts sociales autres que les dividendes proprement dits. Il serait inutile d'y insister plus longuement, si nous ne devions avoir à signaler, au cours de cette étude, la confusion que plusieurs auteurs ont, de parti-pris, tenté d'établir entre l'un et l'autre de ces modes. Il convient pour cette raison de résumer en quelques mots leurs différences caractéristiques :

1° Les dividendes fictifs procèdent d'une manœuvre condamnable de ceux qui ont la charge de gérer une société ; les intérêts répartis en l'absence de bénéfices procèdent d'une clause formelle des statuts sociaux. En conséquence la distribution de dividendes fictifs expose ceux qui s'en rendent coupables à des poursuites tant au civil qu'au criminel, tandis que la distribution des intérêts fixes est une obligation statutaire à laquelle ceux qui y sont astreints ne peuvent se soustraire.

2° Les dividendes fictifs sont répartis à la suite de la publication d'inventaires falsifiés ; les intérêts fixes sont

payés en dehors et indépendamment des résultats constatés par l'inventaire;

3° Les dividendes fictifs sont, bien entendus, fixés arbitrairement par ceux qui les distribuent: le taux des intérêts fixes est déterminé à l'avance et ne peut être modifié;

4° Les dividendes fictifs, correspondant à de prétendus bénéfices, ne seront évidemment jamais compris dans les frais généraux de la société; les intérêts fixes doivent au contraire, d'après la jurisprudence en vigueur, y être normalement inscrits, de telle sorte que, si l'on omet de les y faire figurer, le caractère et la portée de la clause en sont complètement modifiés;

5° Les dividendes fictifs sont forcément prélevés sur le capital de la société: pour les intérêts, la question est controversée et la négative est généralement admise par la jurisprudence;

6° Nul n'a jamais prétendu que la distribution de dividendes fictifs pût être autorisée: la validité de la clause permettant la répartition d'intérêts fixes, autrefois discutée, est aujourd'hui à peu près généralement admise.

Les avantages de la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices sont indiscutables. Elle attire les souscripteurs en leur donnant la garantie formelle que leur apport ne demeurera pas improductif. Elle constitue pour ainsi dire le trait d'union entre l'industriel ou le com-

merçant créateur de puissance économique et le capitaliste, gros ou petit, qui cherche à accroître sans trop de risques son revenu. Il en résulte, il est vrai, une augmentation des charges sociales : mais celles-ci pèsent toujours plus lourdement sur les entreprises à leur début, et cet inconvénient n'est pas à mettre en balance avec les avantages que la société retirera de l'insertion de la clause dans ses statuts. C'est aux fondateurs à calculer les sacrifices qu'ils peuvent consentir en vue d'attirer les capitaux. Du moins sont-ils fixés de prime abord sur l'importance de ces sacrifices, qui ne dureront d'ailleurs que jusqu'au jour où les bénéfices égaleront ou dépasseront le montant des intérêts à payer annuellement.

Aussi la clause qui nous occupe est-elle presque devenue de style dans les contrats de société. Voici en quels termes le constate M. Thaller, qui a fait de la question une étude très pénétrante et très complète :

« Il y a là une pratique invétérée, qui est entrée si
« avant dans les habitudes commerciales qu'il serait
« présomptueux de vouloir l'en déraciner. La qualification même qu'a reçue ce prélèvement démontre que,
« aux yeux des gens d'affaires, cette allocation n'est
« que le revenu légitime d'un placement. Bien des
« sociétés auraient été dans l'impossibilité de se former,
« si elles n'avaient attiré les souscripteurs par la perspective d'un rendement minimum certain. Les détenteurs d'argent cherchent avant tout à retirer le loyer

« de leurs capitaux disponibles, et alors même qu'ils
« consentent à courir les chances du commerce, ils ne
« s'y exposent que sous la réserve d'un revenu assuré.
« Les tentatives de la spéculation ne leur font pas per-
« dre de vue l'équilibre de leur budget personnel de
« dépenses, qu'ils veulent soustraire aux conséquences
« du hasard. Si la société ne peut ou ne veut pas leur
« garantir ce minimum, ils se tourneront vers des pla-
« cements moins brillants, mais aussi moins aléa-
« toires. » (1)

II. — *Avantages de la clause dans chaque espèce de Sociétés.*

Dans chaque espèce de sociétés commerciales, la clause présente, outre les avantages généraux ci-dessus énumérés, des avantages particuliers, qu'il convient d'examiner en détail.

1^o *Sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple.* — C'est dans ces sociétés, où d'ordinaire le capital est peu considérable et le nombre des associés restreint, que l'utilité de la clause d'intérêts fixes est le plus apparente et le plus immédiate. Les sociétaires s'unissent le plus souvent pour subsister, par la mise en commun de leurs efforts et de leurs ressources. Tandis que ceux qui sont chargés de la gérance toucheront, en échange de leur travail, des appointements mensuels.

(1) Thaller, dans *J. des Soc.*, 1884, p. 172.

les commanditaires et associés non gérants réclameront d'ordinaire le paiement d'un revenu fixe de leur apport, qui bien souvent leur sera à peu près indispensable pour vivre. Ce caractère alimentaire du prélèvement annuel a été reconnu par diverses législations étrangères, notamment par le Code de commerce allemand de 1897 (art. 121, 122) ; (1)

2° *Sociétés par actions*. — Les raisons pour lesquelles la clause figure dans les statuts de la majorité des sociétés par actions sont, on le comprend sans peine, de nature toute différente. Il est rare que le revenu de leurs actions — quel que soit, depuis quelques années surtout, le nombre des petits souscripteurs — ait pour les actionnaires le caractère d'aliments. Le plus souvent, les porteurs de titres, gros ou petits, ne recherchent pas un profit immédiat, et leurs ressources leur permettent d'attendre des bénéfices, que leur expérience des affaires leur conseillera de ne pas compromettre par des exigences prématurées. Mais la plupart d'entre eux se résigneraient malaisément à laisser leur capital improductif, dussent-ils, plus tard, recevoir un dédommagement supérieur au sacrifice momentanément consenti.

C'est pourquoi les titres d'un grand nombre de sociétés par actions sont pourvus de « coupons d'intérêts et de « coupons de dividendes » habituellement payables à échéances différentes. Dans beaucoup de cas, cette terminologie dénote l'existence de la clause d'intérêts fixes. Il

(1) V. à ce sujet Arnoul, dans *Ann. de dr. com.*, 1901, p. 237.

ne faudrait pas toutefois s'exagérer l'importance, ni la fréquence de cette corrélation. Il peut parfaitement être stipulé dans les statuts qu'un intérêt sera payable aux actionnaires sans qu'il soit spécifié que ce paiement aura lieu même en l'absence de bénéfices. En pareil cas, la dénomination de « coupon d'intérêt » ne serait, aux yeux de certains auteurs, qu'une fausse appellation destinée à justifier en apparence le paiement semestriel des dividendes, paiement qui a pour but d'épargner aux petits capitalistes une trop longue attente de leurs revenus ; ou bien ce ne serait encore qu'un moyen de distinguer la rémunération attribuée aux associés dont les fonds sont exposés, c'est-à-dire qui n'ont ni actions d'apport ni actions de jouissance, de celle attribuée aux autres, les premiers touchant par ce procédé une rémunération supplémentaire. (1) Selon une autre opinion, (2) les « coupons d'intérêts » ne seraient pas en principe stipulés payables en l'absence de bénéfices et cette désignation n'aurait par suite aucun rapport avec l'objet de cette étude. Il est certain qu'il y a dans ces assertions quelque chose de vrai, et qu'il serait dangereux de prendre trop à la lettre cette terminologie courante : il n'en est pas moins constaté que la stipulation d'intérêts fixes est fréquemment insérée dans les statuts des sociétés par actions, à la constitution desquelles elle ne peut manquer de contribuer puissamment.

(1) Beudant, sous D. 67. 1. 193.

(2) Arthuys, t. 1, n° 474.

Si l'on consulte, à propos de la clause qui nous occupe, les trois sources ordinaires du droit : législation, jurisprudence et doctrine, on constate d'abord avec quelque surprise qu'une stipulation si fréquente des statuts des sociétés n'a fait l'objet d'aucune disposition légale. Le Code de commerce n'y fait aucune allusion ; un projet de loi déposé en 1838 prescrivait « que nulle « répartition ne pourrait être faite aux actionnaires, « *sous quelque dénomination que ce fût*, que sur les « bénéfices nets constatés par les inventaires. » Ce projet n'eut d'ailleurs pas de suite, et rien ne permet d'affirmer que la prohibition susdite n'eût pas été, au cours de la discussion, amendée, voire supprimée. Un autre projet (1884), qui subit le même sort que le précédent, avait tenté de réglementer les répartitions d'intérêts en imitant les prescriptions de certaines législations étrangères. Ce fut la dernière fois que le pouvoir législatif s'occupa de la clause d'intérêts fixes.

La loi du 24 août 1867, qui régit, encore à l'heure actuelle, la matière des sociétés sur un grand nombre de points, ne semble pas soupçonner la possibilité d'une stipulation de ce genre. Si nous en jugeons toutefois d'après les déclarations de ses commentateurs, les rédacteurs de cette loi n'auraient pas été favorables à la validité de la clause. Ils n'auraient fait en cela que suivre les errements du Conseil d'État, auquel ils venaient de retirer le droit d'autoriser les sociétés anonymes, et qui avait toujours repoussé les intérêts fixes, sauf en quel-

ques cas exceptionnels. (1) « Il (le législateur de 1867)
« s'est bien gardé de consacrer cette déplorable confu-
« sion de l'associé et du prêteur, si contraire à tous les
« principes du droit; et là où il n'y a pas lieu à distri-
« bution de dividendes, on ne peut donner d'intérêts. (2) »
Et le rapporteur de la loi s'exprime ainsi, dans son com-
mentaire de l'article 10: « Tout ce que nous venons de
« dire (sur le rapport des dividendes fictifs) s'applique
« aux intérêts annuels reçus par les actionnaires comme
« résultat, sinon de bénéfices proprement dits, au moins
« à titre d'excédent de l'actif sur le passif et en vertu des
« inventaires. » Et il ajoute: « Là, en effet, où il n'y a
« pas de bénéfices, des intérêts payés aux comman-
« ditaires seraient un véritable prélèvement sur le capi-
« tal. » (3)

Ces appréciations toutefois, si catégoriques qu'elles
puissent être, ne suppléent point au défaut d'un texte
formel. La jurisprudence, chargée d'appliquer à l'es-
pèce qui nous occupe cette même loi de 1867, s'est tou-
jours refusée à y découvrir des raisons d'infirmier la
clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices.
Quelques arrêts seulement, tout en concluant en prin-
cipe à sa validité, l'ont subordonné à certaines condi-

(1) Pour les compagnies de chemins de fer par exemple.

(2) Alauzet, *Commentaires sur le code de commerce*, t. 1, n° 488.

(3) Mathieu et Bourguignat, *Comm^e de la loi de 1867*, n° 92. Cf. Bédar-
ride. id., Rivière, id. p. 144, n° 104. Voir aussi les observations peu con-
cluantes à mon sens, de Vavasseur (*Tr. des soc. civ. et com.*, t. 1, n° 557)
sur la législation immédiatement antérieure.

tions qui seront analysées plus loin. — Ces conditions sont à peu près celles dont la doctrine, de son côté, exige l'accomplissement pour reconnaître à la clause d'intérêts fixes toute sa portée.

Il s'ensuit que ladite clause jugée de trois points de vue différents a donné naissance à trois systèmes principaux, que nous étudierons successivement :

I. — Certains auteurs, s'inspirant de l'idée qu'ils croyaient implicitement contenue dans la législation, ont tenté de démontrer que la stipulation d'intérêts payables en l'absence de bénéfices ne pouvait être considérée comme valable. Cette opinion n'est plus sérieusement défendue depuis de longues années.

II. — La plus grande partie de la doctrine admet la validité d'une telle clause, avec cette réserve toutefois que les tiers auront été avisés de son existence, grâce à son insertion dans l'extrait des statuts qui doit, conformément aux prescriptions contenues dans la loi du 24 août 1867, être publié dans l'un des journaux d'annonces légales.

III. — La jurisprudence enfin admet le plus souvent la validité de la clause sans y mettre aucune condition. La Cour de cassation (Ch. Civ.) s'était naguère, dans deux arrêts séparés par un assez long intervalle, montrée particulièrement affirmative à cet égard. Sa thèse avait trouvé, au sein de la doctrine, un éloquent défenseur en la personne de M. Thaller, dont nous aurons bien sou-

vent l'occasion, au cours de cette étude, de citer les intéressants travaux sur la question.

Depuis lors, sans qu'on puisse affirmer que la cour suprême ait changé d'avis, deux nouveaux arrêts, sont venus (1899 et 1910), par l'obscurité de leurs attendus, introduire dans l'étude de cette question un élément de trouble et de doute qui a favorisé l'éclosion de nouveaux systèmes se rattachant plus ou moins aux anciens.

IV. — Il est donc fort difficile aujourd'hui de conclure définitivement en ce qui concerne la portée et le caractère véritables qu'il convient d'attribuer, juridiquement parlant, à la clause. Nous ne tenterons de le faire qu'en observant dans nos appréciations la plus extrême prudence et en n'hésitant pas à faire, sur les points douteux, toutes les réserves nécessaires.

Il est d'ailleurs plus que jamais à désirer que les difficultés de cette matière soient solutionnées rapidement par un texte de loi clair et précis. Tel est le desideratum exprimé par tous les auteurs, quelles que soient leurs différences d'opinion. Nous nous y associerons de grand cœur.

CHAPITRE PREMIER

PREMIER SYSTÈME

Nullité absolue de la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices.

« Refuser de traiter la clause comme licite, la déclarer
« nulle et de nul effet, c'est bien dur ; mais il est incon-
« testable que c'est l'alternative vers laquelle l'esprit
« penche tout d'abord. »

Cette observation de M. Thaller est tout à fait justifiée. Le système de la nullité absolue de la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices repose sur des raisons très juridiques ; il a été défendu par des jurisconsultes éminents (1) et a eu longtemps pour lui la majorité de la doctrine. Enfin, comme nous l'avons dit plus haut, c'est ce système qui, en l'absence de tout texte formel, semblait le mieux correspondre aux intentions du Législateur, si l'on s'en rapporte aux commentaires des auteurs les plus qualifiés en apparence pour interpréter ces intentions.

(1) En ce sens : Alauzet, Commentaires sur le Code de Commerce, n° 492 et suiv. Bédarride, Sociétés I, n° 224 ; Comm^{re} de la loi de 1867, n° 233. Demangeat (sur Bravard-Veyrières), t. I, n° 360 ; *id.* note sous Cass. 8 mars 1881 S. 81, 1, 257. Beudant sous Cass., 8 mai 1867. D. 67, 1, 193. Rousseau, Sociétés Commerciales, n° 914. Delangle, Sociétés, n° 361. Lescœur, Essai sur les Sociétés, n° 333. De Courcy, Sociétés anonymes, p. 156. Rivière, Commentaires de la loi de 1867, n° 104.

Voici comment raisonnaient les défenseurs de ce système :

I. — Il existe plusieurs sortes de placements de fonds pouvant procurer un revenu; mais toutes peuvent se répartir en deux catégories principales. Les placements de la première catégorie ne procureront au capitaliste qu'un profit assez mince : mais les risques de non remboursement du capital et de non-paiement du revenu seront à peu près nuls. Ceux de la seconde catégorie seront d'un rapport bien supérieur : mais le propriétaire des capitaux risquera plus ou moins de ne pouvoir rentrer en possession de ses fonds et davantage encore d'être privé de tout revenu. En un mot, les contrats de la seconde espèce, sans présenter positivement les caractères juridiques du contrat aléatoire, comportent un certain aléa ; ceux de la première espèce, au contraire, n'en comportent pour ainsi dire aucun. C'est aux détenteurs d'argent qu'il appartient d'apprécier jusqu'à quel point les chances de gain et les risques de perte se compensent et de se ménager, soit peu de chances de gagner beaucoup, soit beaucoup de chances de gagner peu.

Le contrat-type de chacune des catégories ci-dessus est d'une part, le prêt, d'autre part la société.

Le prêt consiste dans la remise d'un capital, sous condition de restitution, au bout d'un temps donné, d'une valeur égale. Il est habituellement accompagné de garanties (hypothèque, antichrèse, gage, etc.) ; aussi

l'aléa que présente ce contrat est-il réduit au minimum.

La société, au contraire, comporte la *mise en commun*, l'aliénation définitive des mises composant le capital social. La situation du prêteur vis-à-vis de l'emprunteur est toute différente de celle de l'associé vis-à-vis de la société. Le prêteur remet à l'emprunteur un capital qui devra lui être restitué : la société ne restituera pas, à proprement parler, à l'associé l'apport que ce dernier lui aura versé. Cet apport, en effet, en tombant dans le fonds social, y perd toute son individualité : la société en devient propriétaire sans contracter en retour aucune obligation de restitution. La seule valeur qu'elle mette dans le patrimoine du sociétaire, en échange de sa mise est une créance. « Le prêteur a droit au remboursement ; le commanditaire (comme tout autre associé) n'a qu'une action, et l'action, c'est le droit, pendant la Société, à une part dans les bénéfices ; lors de la dissolution, à une part du fonds social. » (1)

La même différence sera constatée dans le genre de rémunération accordée à l'un et à l'autre. Ce sera, ainsi qu'il était dit tout à l'heure, la contre-partie des risques de chacun des deux contrats : au prêteur seront payés chaque année des intérêts fixés à un taux invariable, qui ne pourra, en beaucoup de cas, dépasser le maximum fixé en principe par la loi, et qui, en fait, même en matière commerciale, excédera rarement ce maximum. L'associé, au contraire, touchera sur les bénéfices sociaux

(1) Demangeat, sous Cass., 8 mars 1881. S. 81. 1. 257.

une part proportionnelle à son apport. Les bénéfices d'une société étant essentiellement variables, rien n'empêchera l'associé de toucher une année 10, 20, 30 % du capital engagé par lui, car rien n'empêchera non plus que l'année suivante, le revenu du même capital puisse être réduit à néant. En fait, de deux sociétés fondées en même temps et présentant les mêmes garanties, au moins en apparence, il se peut que l'une vienne à prospérer au point que l'on voie le revenu de ses actions dépasser largement la valeur de leur prix de souscription originel, au moment même où le capital de l'autre finira d'être absorbé par les pertes.

Telle est la seule conclusion logique et juridique à laquelle conduise l'examen comparé des caractères du contrat de prêt et du contrat de société : l'intérêt est de l'essence de l'un, comme le dividende est de l'essence de l'autre. Ce serait donc méconnaître absolument la nature de ces deux contrats que de vouloir, par un compromis injustifiable, introduire dans un contrat de prêt une stipulation de dividende, ce que l'on n'a, à notre connaissance, jamais tenté de faire, ou dans un contrat de société une stipulation d'intérêts. L'associé ne peut se soustraire aux risques de l'entreprise, ni prétendre réclamer le profit des bonnes années tout en refusant de participer à la perte des mauvaises (art. 1855, C. civ.). « Le droit à des intérêts implique et présuppose l'existence d'un capital déterminé, dont la prestation libérera

« le débiteur. » (1) Le droit éventuel de l'associé à une part du capital social ne saurait justifier une rémunération de cette nature.

Le terme d'« intérêts » habituellement employé pour désigner le revenu des parts sociales est donc inexact, et ne correspond nullement à la réalité. Le mot « coupon d'intérêts » sert tout simplement à désigner des catégories de rémunérations spéciales (v. *supra*), à moins que le mot et la chose qui y correspond ne soient — ainsi que le déclare dans un langage quelque peu prudhommesque, un des adversaires les plus irréductibles de la clause que nous étudions — « qu'un moyen de satisfaire « la soif des jouissances promptes : et l'on sait si les « habiles de l'industrie se sont montrés ingénieux à « exploiter de tels appétits... » (2).

II. — Quel sera donc le véritable caractère d'une clause d'intérêts, insérée dans un contrat de société, si l'on refuse d'admettre que cette appellation « d'intérêts » soit applicable au revenu fixe attribué aux associés ?

La Cour de cassation a admis, dans deux arrêts successifs rendus à la même date, que l'on devait exécuter, lors même que la société ne produirait aucun bénéfice, la clause d'après laquelle les sommes versées sur le capital social par les commanditaires seraient productives d'intérêts (Cass. 8 mars 1881. S. 81. 1. 257). Mais l'affirmation qu'une telle clause n'est pas incompa-

(1) Demangeat, sous Cass., 8 mars 1881. S. 81. 1. 257.

(2) Beudant, sous D. 67. 1. 193.

tible avec les principes de la commandite est contraire à la réalité, le commanditaire, qu'un autre associé, ne pouvant pour les raisons exposées ci-dessus, avoir droit aux intérêts d'un capital aliéné par lui. « Le paiement de ces intérêts — dit un des attendus du jugement dont il s'agit — lorsqu'il a été expressément placé au nombre des frais généraux, peut avoir le caractère d'une charge destinée à assurer la marche régulière de la société et le développement de l'entreprise. » — « Ce considérant montre bien qu'il ne s'agit point réellement d'intérêts; car qui donc imaginerait de dire, quand une société s'oblige à payer de véritables intérêts, qu'elle n'est valablement obligée qu'autant qu'il est exprimé dans l'acte social que le paiement des intérêts est placé au nombre des frais généraux? » (1)

La terminologie employée par certains tribunaux (2), et quelques jurisconsultes, d'après laquelle la répartition annuelle serait le loyer des capitaux versés en apports, n'est pas plus satisfaisante, car les associés n'ont pas plus de droit à un loyer qu'à des intérêts sur un capital qui ne leur appartient plus.

En réalité chaque fois que les sociétaires perçoivent une rémunération en dehors des bénéfices, c'est sur le capital de la société que les fonds qui leur sont distribués ont été prélevés. Ce prélèvement réduit forcément le

(1) Demangeat, *loc. cit.*

(2) Voir notamment Tr. Com. du Havre 10. Janvier 1860. S. 63. 1. 137.

capital social, qui, en l'absence de bénéfices, constitue pour la société le seul actif disponible. Or ce capital possède une affectation déterminée : il est le gage, il est la garantie des créanciers et il est interdit aux associés d'entamer ce gage, de diminuer cette garantie. Ce n'est pas pour une autre raison que des prescriptions sévères ont été édictées à l'encontre des dividendes fictifs : or les pseudo-intérêts perçus en vertu de la clause ne sont pas autre chose que des dividendes fictifs. Car « la clause portant que les intérêts des apports « seront payés à des époques déterminées signifie simplement qu'à ces mêmes époques, les actionnaires « toucheront, *par anticipation*, à valoir sur les dividendes auxquels ils pourront avoir droit par le résultat des inventaires, une somme égale aux intérêts que « ce capital aurait pu produire (1). » Si donc l'inventaire n'accuse aucun bénéfice, les sommes en question auront été distribuées en dehors des résultats de l'inventaire, ce qui est le caractère essentiel des dividendes fictifs, et il y aura lieu de leur appliquer les sanctions édictées par la loi contre ces derniers. Il est à remarquer d'ailleurs — les commentateurs (2) de la loi de 1867 sont d'accord sur ce point — que le législateur n'a voulu faire aucune différence, que la répartition ait lieu en vertu d'une clause ou autrement.

Ajoutons à cet exposé une considération accessoire qui

(1) Demangeat, *loc. cit.*

(2) V. ci-dessus. V. également Rivière. Cr^e loi 1867. n^o 404.

a bien sa valeur : comment concevoir des intérêts qui ne diminuent pas, alors que le capital qui les produit diminue? Car, en bonne justice, comme en bonne comptabilité, les intérêts devraient subir chaque année une réduction proportionnelle à celle que leur prélèvement fait subir au capital. Or, ceux qui prétendent profiter de la clause ne prennent même pas la précaution d'appliquer cette règle élémentaire.

Mentionnons enfin *pour mémoire* un argument naguère emprunté à la loi du 3 septembre 1807, limitant à 6 % le taux de l'intérêt en matière commerciale. Le jeu de la clause, disait-on, pourrait aboutir à une violation des dispositions relatives au taux de l'intérêt, si le cumul de celui-ci avec le dividende faisait produire à chaque mise un revenu annuel supérieur à 6 %. Les principaux adversaires de la clause d'intérêts fixes (Demangeat, loc. cit., etc.), ont écarté cet argument qui viendrait à l'encontre de leur affirmation qu'*il n'y a pas*, en réalité, *distribution d'intérêts*. Si l'on n'admet pas ce point de vue, on peut répondre que la règle applicable en matière de prêt n'est pas applicable en matière de société, à raison de la différence des risques. Aujourd'hui d'ailleurs, cette controverse a perdu toute importance, le taux de l'intérêt en matière commerciale ayant été rendu libre par la loi du 12 janvier 1886.

CHAPITRE II

DEUXIÈME SYSTÈME

Validité de la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices moyennant publication (A).

L'opinion en vertu de laquelle la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfice serait absolument nulle a dès longtemps rencontré des adversaires, disposés à juger avec moins de rigueur une *stipulation* dont, au point de vue pratique, nul n'a jamais été tenté de nier les avantages. Mais la solution qui consisterait — comme le fait habituellement la jurisprudence — à admettre sans restriction la validité de cette clause a paru dangereuse à beaucoup d'esprits éminents. « Cette « solution est déraisonnable » est-il déclaré sans ambages dans un ouvrage signé de deux jurisconsultes, dont l'opinion fait autorité en matière de Droit commercial (1). A l'heure actuelle, on peut dire que l'accord des

(A) Cette opinion a été défendue de tout temps, et aujourd'hui encore, par les plus grands noms de la doctrine. Citons : Troplong : Rep. V° Sociétés, n° 191 ; Floucaud-Pénardille : Des Sociétés par actions *passim* ; Houpin : *Tr. des Soc.*, 4^e éd., n° 726 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. Com.*, n°s 199, 539, 552 suiv. ; Précis, n° 181 ; Paul Pont, Sociétés, n°s 1456, suiv. ; Ruben de Couder., *Dict^{re} des Soc.* V° Sociétés en commandite ; Molinier, *Dr. Com.*, t. I, n° 557 ; Labbé sous Paris, 9 août 1877, S. 78. 2. 225 ; Lyon-Caen sous Cass., 15 novembre 1910. S. 1911. 1. 5 ; Champcommunal, sous Cass., 7 novembre 1899. Pand. 1901. 1. 321, etc., etc.

(1) Lyon-Caen et Renault, Manuel de Droit Commercial, 6^e éd. n° 186.

auteurs sur ce point est quasi-unanime, en dépit de quelques dissidences. Pour éviter les dangers des deux opinions extrêmes, ils se sont ralliés à un moyen terme : ils ont admis la validité de la clause, à la condition que celle-ci ait été portée à la connaissance des tiers, dans les formes prescrites par les art. 55 et suivants de la loi du 24 août 1867. Il faut, en particulier, que cette clause figure à l'extrait obligatoirement publié dans les journaux d'annonces légales.

Voici sur quels arguments est basé ce système :

I. — Les intérêts distribués en l'absence de bénéfices ne peuvent être évidemment prélevés que sur le capital. Cette vérité est trop manifeste pour avoir besoin de démonstration.

Mais, au contraire des partisans de la nullité de la clause, les défenseurs de l'opinion que nous examinons actuellement estiment qu'un pareil prélèvement n'a rien d'illicite, et que la liberté des conventions suffit à justifier son insertion dans les statuts d'une société. Seulement, il importe de ne pas accorder une importance excessive à la terminologie habituelle. Malgré l'appellation d'intérêts, c'est bien *du capital* que les associés ont entendu percevoir annuellement, en vertu de la clause. La mise de chacun d'eux ne constituerait qu'une sorte *d'apport en jouissance* (1), dont ils pourraient en consé-

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 392. Il est à remarquer que cette idée ne semble pas toujours partagée par les partisans de l'opinion en question (Labbé, sous S. 78. 2. 225).

quence stipuler la restitution. Or, en l'espèce, la clause équivalait à une stipulation de restitution fractionnée, à raison de laquelle sera remboursé chaque année aux associés une somme équivalente au revenu normal qu'ils pouvaient espérer retirer de leur capital.

Une condition ainsi formulée ne mérite aucunement la qualification d'illicite.

On a dit que le capital social était le gage des créanciers. Cette affirmation est exacte en principe : mais il ne faudrait pas en exagérer la portée. Ce gage n'a rien d'immuable. « C'est un point de départ, un capital de « début soumis aux vicissitudes de la bonne et de la « mauvaise fortune de la société (1). » Il serait absurde de prétendre que le capital social doit, à tout moment, pouvoir être affecté dans son intégralité à la garantie des obligations contractées envers les créanciers sociaux : ce serait paralyser tous les actes de la société, surtout au début de ses opérations. Les tiers qui traitent avec la société seraient imprudents en réglant le crédit qu'ils lui consentent uniquement d'après le chiffre du capital annoncé, car ils ne doivent pas ignorer qu'à un moment donné ce chiffre subira fatalement une diminution. Même les prescriptions spéciales édictées par la loi du 24 juillet 1867 (art. 1^{er}) relativement au capital des sociétés par actions, qui doit être entièrement souscrit et versé au moins jusqu'à concurrence du quart ne sont

(1) Labbé sous Paris, 9 Août 1877. S. 78. 2. 225.

applicables qu'à la création de la société et ne mettent pas obstacle à des réductions ultérieures (1).

La clause sera donc, nous le répétons, valable en tant que *détour juridique permettant une reprise d'apport fractionnée*, qui ne s'exercera qu'au cas où les bénéfices réalisés ne permettraient pas au moins la répartition de dividendes égaux à un tant pour cent des mises fixé d'un commun accord. Ce tant pour cent correspondra en pratique à peu près au revenu moyen de chaque apport, si cet apport avait fait l'objet d'un prêt. D'où l'appellation d' « intérêts » donnée par analogie à ce revenu, sans qu'il y ait dans l'esprit des auteurs des statuts la moindre confusion entre le prêt et la société. Cet argument des adversaires de la validité tombe donc de lui-même.

L'objection, également formulée par ces derniers, touchant la corrélation nécessaire qui devrait exister entre la réduction subie par le capital, par suite de l'application de la clause, et la diminution correspondante des intérêts, ne résiste pas davantage à l'examen. « Les parties ont entendu que l'apport initial servit tous les jours de base au calcul du prélèvement jusqu'à épuisement intégral, et leur volonté sera d'autant mieux suivie que l'égalité proportionnelle existant entre les associés ne s'en trouve nullement altérée (2). »

(1) Arthuys, Société, t. I, n° 474. Ces prescriptions, en effet, ont un but tout différent : la loi a voulu éviter l'agiotage sur les actions. Elle a voulu qu'il y eût un capital sérieux, effectivement versé, et n'a point, en l'espèce, poursuivi d'autre fin.

(2) Thaller, *loc. cit.*

Quant à l'objection tirée de l'intention présumée du législateur de 1867, il est aisé d'en faire justice. En vain vient-on dire que cette intention est certaine, que les intérêts sont implicitement compris dans les dividendes fictifs : en matière de nullité, de telles considérations sont impuissantes à fonder le droit ; il faut une interdiction formelle. M. Labbé semble donc fondé à répondre : « Le législateur de 1867 n'en a point parlé (de la clause) ; il n'y a point songé ; il ne l'a point proscrite (1). »

II. — Ainsi se trouve justifiée, au point de vue juridique, une clause qui rend en pratique de si grands services aux sociétés, que l'interdiction d'y recourir ne manquerait pas d'entraver gravement les transactions commerciales. Mais l'exagération contraire ne serait pas moins funeste. Autoriser le jeu de la clause d'intérêts fixes sans réserves et sans restrictions serait diminuer le crédit des sociétés en provoquant la défiance des tiers appelés à traiter avec elles. Le capital social n'est pas, nous l'avons dit, le gage immuable des créanciers : mais encore faut-il que ceux-ci soient avertis, au cas où le pacte social prévoit pour le capital des causes de réduction particulières. Autrement, si brillant que puisse sembler l'avenir d'une entreprise, comment les tiers oseront-ils traiter avec elle, s'ils ont à redouter l'existence d'une clause dont le jeu doit provoquer la corrosion annuelle, et finalement peut-être la disparition complète du fonds social ?

(1) Labbé, *loc. cit.*

Si telles devaient être les conséquences de la théorie que nous exposons, on aurait le droit d'être surpris de la trouver sous la plume de juristes aux conceptions rigoureuses, chez qui la préoccupation de solutionner pratiquement un différend, fût-ce en torturant au besoin le sens de quelques textes, ne saurait intervenir. Mais il n'en est rien, et l'on va voir comment la doctrine, ainsi que nous le disions au début de ce chapitre, a su concilier la tolérance et la prudence.

La loi a laissé en principe la plus grande liberté aux fondateurs de sociétés, touchant les stipulations qu'il pourra leur plaire d'introduire dans leurs statuts : à condition de ne pas enfreindre les rares articles du titre « des Sociétés » (C. civ., Tit. 9) qui contiennent des prescriptions d'un véritable intérêt pratique et les règles fondamentales des diverses sociétés énumérées au Code de commerce et dans les lois organiques, ils ont le droit d'y insérer à peu près toutes les clauses qui leur agréent. Mais en revanche, le législateur s'est préoccupé de garantir les tiers contre la mauvaise foi des associés et les associés eux-mêmes contre la mauvaise foi des gérants. Il a voulu éviter les abus flagrants pouvant résulter, pour les uns comme pour les autres, de la clandestinité de certaines clauses, d'ailleurs licites. Dans ce but il a organisé, et plus tard perfectionné les mesures de publicité à prendre pour porter les pactes sociaux à la connaissance des intéressés.

Ces mesures indiquées aux art. 55 et 56 de la loi du

24 juillet 1867 sont de deux sortes : 1^o Dépôt, aux greffes du Tribunal de Paix et du Tribunal de Commerce du siège social, d'un double de l'acte de société; 2^o Publication, dans un journal d'annonces légales, d'un extrait dont le contenu est déterminé par les art. 57 et 58 de la même loi. La question se pose dès lors, de savoir si, et jusqu'à quel point, ces mesures sont applicables à la clause de distribution d'intérêts en l'absence de bénéfices.

1. *Dépôt aux greffes.* — Le double de l'acte de société déposé aux greffes des Tribunaux de Commerce et de Paix doit contenir la transcription in extenso de tous les articles du pacte social. La clause y figurera donc nécessairement.

On a soutenu qu'en ce qui la concerne cette publicité était suffisante. Quelques décisions judiciaires sont même intervenues en ce sens. La plus caractéristique est l'arrêt de la Cour de Rouen en date du 1^{er} juin 1876 (1), qui s'exprime en ces termes : « Attendu que, les tiers créan-
« ciers... ont pu facilement connaître les charges
« imposées au fonds social par le dépôt et par la publi-
« cité effectuée. » Par « publicité effectuée », la Cour a sans doute voulu parler des prospectus, affiches et autres procédés employés en vue de favoriser le lancement de la société dans le public. Il est à peine besoin de cons-

(1) S. 78. 2. 225.

tater que cette façon de faire prendre connaissance aux tiers des statuts d'une société n'a aucune valeur juridique et ne devrait pas pouvoir être invoquée en justice.

Quant à la possibilité pour les tiers de se renseigner complètement, grâce à l'exemplaire des statuts déposé aux greffes, sur les conditions d'existence de la société, on peut l'invoquer assurément, mais seulement dans certains cas. L'ambiguïté à cet égard de rédaction de l'art. 63 de la loi du 24 juillet 1867 a permis de conclure que la communication de ce texte n'était ordonnée que pour les sociétés par actions, et n'était même pas autorisée pour les autres (1); on a été jusqu'à dire que le greffier qui communiquerait aux tiers les statuts d'une société en nom collectif ou en commandite simple serait passible de dommages-intérêts. En fait, certains greffes font preuve à cet égard d'une certaine tolérance (2) : mais il serait assez piquant de faire dépendre du bon plaisir d'un greffier la faculté pour les tiers de prendre connaissance des statuts d'une société, alors que cette connaissance peut leur être indispensable.

D'ailleurs, même au cas où les intéressés seraient sûrs de pouvoir obtenir la communication désirée, la publicité résultant du dépôt serait insuffisante. Car, ainsi qu'on l'a très justement fait remarquer, « la loi a précisément voulu affranchir les tiers d'une pareille démarche, sans quoi elle se serait bornée à prescrire la

(1) V. en ce sens Limoges, 2 Juillet 1897. S. 1901. 4. 513. D. 1900. 4. 389.

(2) V. Pic, Sociétés, t. I, n° 264 et suiv.

« publication d'un lieu de dépôt et d'une date, comme l'a
« fait la loi 1850 sur le contrat de mariage. » (1)

2. — La publicité visée dans le système que nous analysons est donc bien celle qui résulte de l'insertion d'un extrait des statuts de la société dans un des journaux d'annonces légales. On peut citer à l'appui de cette opinion divers arrêts (2), bien qu'aucun d'eux n'offre une espèce absolument concluante. Mais le principal argument invoqué est tiré par analogie de la rédaction de l'article 57 de la loi du 24 août 1867.

Cet article mentionne, au nombre des énonciations qui doivent obligatoirement figurer dans l'extrait, « *le montant du capital social et des valeurs fournies et à fournir par les actionnaires et commanditaires.* » Cette phrase implique, dit-on, pour les associés gérants, l'obligation de faire figurer dans l'extrait toute clause de nature à modifier, ne fût-ce qu'éventuellement, la consistance du fonds social. « L'énonciation pure et simple d'une somme
« suppose qu'elle est apportée en toute propriété. Si le
« commanditaire apporte le revenu et non le capital;
« s'il apporte, en sens inverse, le capital et non le
« revenu (ce qui est une traduction de notre clause), si
« le capital n'est apporté que pour un temps, s'il est
« sujet à restitution dans des circonstances déterminées,
« il faut le déclarer : la loi veut que les tiers connaissent

(1) Thaller p. 182.

(2) Cass. S. 65. 2. 33. Angers, 18 janvier 1865, S. 65. 2. 211. Cass. 8 mai 1867, S. 67. 1. 253 (arguments d'analogie).

la composition exacte du capital social (1). » L'extrait ne sera donc complet que si la clause y figure.

Un autre argument de même nature peut encore être invoqué. A supposer que la rédaction du paragraphe précité de l'article 57 doive s'interpréter à la lettre et qu'il n'y ait pas lieu d'en inférer que la clause d'intérêts fixes doive être publiée dans l'extrait, il n'en est pas moins évident que les tiers ont un intérêt majeur à être informés de l'existence d'une telle clause. Or, doit-on conclure, de ce que celle-ci n'est pas expressément mentionnée dans l'énumération de l'article 57, que sa publication dans l'extrait n'est pas obligatoire? La question s'est posée à différentes reprises. On a dit, et la Cour de cassation (Ch. des Requêtes) a même admis autrefois que l'article 57 devait être interprété en ce sens que les nullités, comme les pénalités, étant de droit étroit, les mentions expressément visées par cet article devaient seules être obligatoirement insérées dans l'extrait. (2) Mais l'opinion contraire a fini par rallier tous les suffrages, et l'on peut affirmer qu'aujourd'hui, la jurisprudence est d'accord avec la doctrine (3) pour admettre,

(1) Labbé sous Paris, 9 août 1877, S. 78. 2. 225. Sic Pic. T. I, n° 264 et suiv., etc.

(2) Cass. Req., 2 mars 1885. D. 85. 1. 441.

(3) Cass. 20 juillet 1870. S. 72. 1. 65, Cass. 14 décembre 1886. D. 90. 1. 385. Cass. Req. 19 juillet 1893. D. 94. 1. 158. Lyon, 2 février 1882. *J. des Soc.*, 1886, p. 66. Paris, 19 février 1892. *Rev. Soc.*, 1892, p. 248, Limoges, 26 juillet 1897. *J. des Soc.*, 1898 p. 408. En ce sens : Pont, n° 1160; Lyon-Caen, t. II, n° 199; Houpin, t. II, n° 1014; Arthuys, t. II, n° 794; Floucaud-Pénardille, t. II, n° 572; Pic, t. I, n° 264 et suiv.

conformément à l'esprit, sinon à la lettre de la loi, que l'énumération de l'article 57 est, non pas limitative, mais simplement énonciative, et qu'il convient en conséquence d'y joindre toutes les indications que les tiers ont intérêt à connaître.

La valeur de l'argumentation qui précède étant supposée établie, l'on doit conclure à la validité de la clause, lorsqu'elle a été publiée dans la forme indiquée. Inversement, on doit conclure que le défaut de publicité comporte diverses sanctions.

I. — Si la publicité de la clause a été régulièrement effectuée, les associés ont en tout cas le droit de conserver les intérêts qu'ils ont perçus. Il ne saurait être question, comme dans l'opinion précédente, d'assimiler ces intérêts à des dividendes fictifs. En cas de faillite donc, ils échappent complètement à l'action en répétition des créanciers.

On a coutume de dire à ce propos que les intérêts sont valablement payés aux associés tant que la société est *in bonis*. Nous ne croyons pas qu'aucun auteur ait tenté de préciser cette expression fâcheusement vague. Nous ne voyons toutefois pas de raison valable pour ne pas appliquer aux sommes distribuées en vertu de la clause le droit commun en matière de faillite. Les intérêts pourront donc être valablement payés jusqu'au jour où la société sera dessaisie de l'administration de son fonds. Il y aura lieu

toutefois d'appliquer à ceux qui auraient été payés avant l'échéance, au cours de la période suspecte, la disposition de l'article 446 C. Comm., relative au paiement des dettes non échues.

Quant aux intérêts en cours, et aux intérêts échus, mais non payés à l'échéance, on a soutenu que les associés pouvaient en réclamer le paiement en concours avec les créanciers sociaux. (1) Mais cette opinion n'a pas prévalu. On a considéré que les associés sont débiteurs du passif social, au moins dans les limites de leur mise. Les « intérêts » en question, étant en réalité prélevés sur cette mise, ne peuvent plus être distribués dès lors que le fonds social est manifestement devenu insuffisant pour désintéresser les créanciers. Les associés sont garants vis-à-vis de ces derniers du paiement des dettes sociales : ils ne peuvent donc les évincer de tout ou partie de l'actif social subsistant. (2)

Une conséquence intéressante a été tirée de ce qui précède par M. Labbé : la terminologie, fréquemment employée, qui déclare les intérêts « compris dans les frais généraux » semble de nature à faire douter, en pareil cas, de la nécessité de publier la clause d'intérêts fixes, les frais généraux n'étant pas susceptibles de publication, principalement à raison de leur caractère essentielle-

(1) Ce serait dans cette opinion la conclusion la plus logique. V. Thaller *loc. cit.*

(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de Dr. Com.* n° 552 et suiv. Labbé *loc. cit.* Paul Pont, n° 1490. Cf. Thaller, *loc. cit.*

ment variable. Mais les frais généraux sont un ensemble de dettes payables au même titre que les autres dettes sociales : il n'y aurait donc aucun motif pour refuser à des créanciers de sommes passées en frais généraux le droit de concourir avec les autres créanciers. Or, on n'a jamais été jusqu'à prétendre, dans l'opinion qui admet la validité absolue de la clause, que les associés pouvaient être admis à figurer dans la masse pour les intérêts dont ils étaient créanciers. Le montant invariable des intérêts annuels constitue donc « une addition certaine et arbitraire » au total des frais généraux, et la rédaction de la clause en vertu de laquelle ils s'y trouvent compris ne saurait les soustraire à la nécessité de la publication. (1)

Les conséquences du défaut de publicité peuvent être soit la nullité de la clause ; soit la nullité de la société.

1° *Nullité de la clause.* — Cette conséquence est la plus habituellement admise. Elle est, en tout cas, la seule à envisager en ce qui concerne les tiers, car, aux termes de l'article 56, *in fine* de la loi de 1867, les associés ne pourraient se prévaloir à l'égard de ceux-ci du défaut de publicité pour conclure à la nullité des opérations sociales. Ce sera le plus souvent un avantage pour les créanciers — ne fût-ce qu'au point de vue de la procédure — de pouvoir considérer qu'ils ont traité avec une personne morale habile à contracter. En l'espèce, ils auront le

(1) Lyon-Caen sous Cass. 15 novembre 1910. D. 1911. 1. 5.

droit, apparemment, d'obliger les associés au rapport des sommes touchées en vertu de la clause, dans les conditions prescrites en matière de dividendes fictifs.

A l'égard des associés, la question est plus compliquée. On admet, que le représentant de la société et notamment le gérant a le droit de refuser le paiement des intérêts à l'échéance, si la clause n'a point été insérée dans l'extrait légal. C'est lui, en effet, le plus intéressé; à raison de sa responsabilité particulière, à ce que les créanciers ne viennent pas lui demander compte des prélèvements indûment exercés sur le capital social.

La logique voudrait peut-être qu'on lui accordât le droit de répéter entre les mains des associés les intérêts distribués par lui avant le moment où il s'est aperçu que la publicité de la clause était nécessaire. Le cas, assez difficilement réalisable en pratique, ne s'est, à notre connaissance, jamais présenté.

Il y aurait lieu d'examiner encore si un associé non gérant, s'étant aperçu du défaut de publicité, pourrait — dans un but d'ailleurs tout désintéressé — s'opposer à la distribution des intérêts à échoir. Cette hypothèse, comme la précédente, ne s'est jamais réalisée, et ne présente qu'un intérêt d'école. Aussi nous bornons-nous à la signaler.

2° Nullité de la Société. — On ne peut citer à l'appui de cette opinion que deux arrêts (1), dont l'un émane, il est

(1) Paris, 9 août 1877, S. 78. 2. 225. Cass. 8 mars 1881. S. 81. 1. 257.

vrai, de la Cour suprême. Ces deux arrêts ont émis la théorie suivante : en admettant pour un instant (1) qu'il soit exact que la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices doive être publiée à peine de nullité, cette nullité doit s'étendre au pacte social tout entier, et les sociétaires ne peuvent se borner à demander la nullité de la clause seule.

Il est intéressant de citer in-extenso les attendus dans lesquels cette théorie se trouve énoncée :

« Considérant (dit la Cour de Paris) que,... à supposer
« que les tiers puissent s'en plaindre (du défaut de publi-
« cité), les simples associés, parties eux-mêmes aux
« actes constitutifs de la société, ont eu nécessairement
« pleine et entière connaissance d'une clause stipulée
« avec eux-mêmes et qui leur profitait au même titre; —
« qu'ils ne seraient point fondés, en tant que parties
« intéressées, à relever l'irrégularité alors même qu'elle
« eût été, en réalité, commise : — qu'enfin, même à les
« supposer fondés, *ils devraient agir en nullité et proro-*
« *quer la dissolution et la liquidation sociales (art. 56,*

(1) Nous ne partageons pas l'avis de M. Thaller (*op. cit.*) qui veut voir dans cette théorie occasionnelle une opinion distincte des trois opinions principales, et suppose que les arrêts en question « consentent par complaisance à accepter cette nécessité (de la publicité), comme démontrée. » Les considérants de l'un et l'autre arrêt affirment très nettement (M. Thaller le reconnaît lui-même ailleurs) leur adhésion à la jurisprudence habituellement suivie (validité *absolue* de la clause). La théorie qui y figure n'est qu'un argument de plus en faveur de cette thèse (v. *infra*). Il ne faudrait donc pas attacher une importance exagérée à la terminologie employée en cette occasion par le savant professeur, qui traite d'ailleurs cette question avec sa pénétration habituelle et déclare en terminant que cette prétendue opinion ne constitue « qu'une méprise à redresser ».

« loi de 1867): mais que, voulant, d'une part, que la
« Société continue, vive et agisse, et d'autre part, qu'elle
« n'exécute pas l'une de ses principales obligations sta-
« tutaires, leur demande est irrecevable. »

Attendu, dit de son côté la Cour de cassation, qu'en
admettant que « la clause relative au paiement des
« intérêts de la commandite dût être comprise dans
« l'extrait publié en exécution des articles 55 et 57 de la
« loi du 24 juillet 1867, le défaut de publication de ladite
« clause ne pourrait dans tous les cas, donner naissance
« à une simple demande en nullité de la stipulation,
« mais à une action en nullité de la société elle-
« même. »

En premier lieu, nous trouvons dans ces attendus la con-
firmation de l'observation faite ci-dessus, relativement à la
différence, résultant des dispositions légales, entre les effets
du défaut de publicité en ce qui concerne, d'une part les
tiers, d'autre part les associés. L'arrêt d'appel remarque
qu'il s'agit uniquement d'une contestation entre associés.
En pareil cas, la jurisprudence se montre habituelle-
ment (1) sévère pour les gérants qui, tout en avouant
qu'ils ont négligé de remplir une formalité substantielle
et indispensable à la validité d'une clause importante, se
prévalent de leur faute pour réclamer la nullité de cette
clause, après avoir parfois exécuté pendant de longues

(1) Paris 1^{er} juin 1876 et 9 août 1877. S. 78. 2. 225; Civ. Cass. 8 mars 1881
(2^e arrêt à cette date); Rouen, 15 juin 1882, S. 82. 2. 92., etc. Cf. Cass.
Req., 28 juillet 1896, S. 1900. 1. 391.

années les obligations qu'elle leur imposait. C'est contre eux qu'est dirigée l'argumentation par laquelle la Cour d'appel et la Cour de cassation ont tenté de prouver que la conséquence du défaut de publicité devait être la nullité du pacte social tout entier.

Voici par quel enchaînement de motifs on en arrive à cette conclusion : « Le gérant, disent les arrêts précités, avait pleine connaissance de la clause d'intérêts fixes et devait en avoir mesuré la portée ; de plus, il était tenu de remplir toutes les formalités nécessaires à sa validité. Mais cette validité ne dépend-elle pas de celle du pacte social lui-même ? On prétend que la clause rentre dans les énonciations prescrites par les articles 56 et 57 de la loi de 1867 : soit, mais alors il faut admettre les conséquences inéluctables de cette théorie. Ce n'est pas la clause seule qui sera nulle, c'est le pacte social tout entier. C'est seulement cette nullité générale que le gérant pourrait, le cas échéant, être admis à demander aux tribunaux. S'il se borne à demander la nullité de la clause d'intérêts fixes en particulier, l'application des principes mêmes, sur lesquels il prétendrait s'appuyer, fournirait le motif d'opposer à sa demande une fin de non-recevoir. »

M. Thaller, qui a — le premier, à notre connaissance — analysé complètement ce système, a contesté, avec raison semble-t-il, l'interprétation des règles de la publicité des sociétés qui s'y trouve contenue. L'article 56 de la loi de 1867 s'exprime en effet comme suit : « Les formalités prescrites par l'article précédent

« et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés. » On est en droit de conclure de ce texte que la nullité de la société ne pourrait être demandée qu'à raison de l'omission complète de l'une au moins des deux formalités substantielles de publicité, c'est-à-dire, le dépôt aux greffes d'un exemplaire des statuts (art. 55), et l'insertion d'un extrait desdits statuts dans un des journaux d'annonces légales (art. 56).

Il est évident qu'à défaut de l'observation de ces formalités, ou seulement de l'une d'entre elles, la publicité voulue par la loi n'existe pas. Il était donc indispensable qu'une sanction expresse et décisive fut édictée contre toute infraction à ces dispositions fondamentales.

Mais rien ne prouve que cette sanction doive être étendue aux prescriptions des articles qui suivent. La négative est même admise en général, en ce qui concerne les dispositions accessoires contenues dans les articles 59 et 60. Quant aux énonciations prescrites par les articles 57 et 58, une distinction est nécessaire : un grand nombre d'entre elles ont, il est vrai une importance capitale ; telles sont par exemple celles qui, selon l'expression de M. Pic (1), donnent à la Société son individualité : indication de la raison sociale, du siège social, de l'objet de l'entreprise, du type légal, etc. Ces énonciations sont destinées à fournir aux tiers les renseignements indispensables sur l'étendue des garanties pécuniaires offertes

(1) Pic *loc. cit.*

par la société, et aux associés, l'assurance que la société sera gérée de telle ou telle façon. Il est vraisemblable que l'omission de l'une et surtout de plusieurs d'entre elles soit de nature à provoquer une telle incertitude sur l'essence même de la société, à rendre possible de telles fraudes que l'on soit fatalement conduit à accorder à tout intéressé le droit de se prévaloir de la nullité absolue de l'acte de société, sous réserve, bien entendu, de la disposition contenue dans l'article 56 *in fine* de la loi de 1867.

Mais si ces indications ont reçu la publicité nécessaire, il est bien difficile de conclure à la possibilité d'appliquer, pour omission d'une clause secondaire, une sanction aussi draconienne. « La société, dit M. Thaller (1), vaut
« dans la mesure où ses premiers organisateurs l'ont
« présentée au public ; s'ils ne l'ont pas présentée du tout,
« apparemment elle est nulle ; s'ils l'ont fait connaître
« dans son objet, dans sa durée, dans le chiffre de son
« capital et dans les noms de ses membres, à coup sûr
« elle existe, et il faut, pour lui refuser en pareil cas le
« droit de fonctionner, une hardiesse ou plutôt une
« témérité d'interprétation de nature à surprendre. »

Il paraît excessif de placer la clause au rang des énonciations capitales dont nous venons de parler. Elle ne réglemente, en effet, qu'une modalité du fonctionnement du pacte social. L'omission d'une stipulation de cette sorte ne devrait pas, d'après M. Labbé (2) être

(1) *Loc. cit.*

(2) Labbé. Note sous Sirey. 78. 2. 225.

jugée avec plus de rigueur que celle de l'indication d'un changement de gérance ou qu'une fausse indication du terme. « Il se peut que dans un cas donné, l'omission
« d'une clause dans les extraits... donne au profit de
« certaines personnes ouverture à une action en nullité
« ou en résolution de la société. L'adhésion aux statuts
« a été implicitement subordonnée à l'observation des
« conventions de diverse nature que l'acte social renferme ;
« et si une considération de publicité met obstacle à
« l'exécution d'une de ces conventions, la dissolution ou
« la résolution, peu importe le mot, aura une cause légitime. » (1)

Au point de vue des conséquences, il est certain que l'application de la théorie des arrêts précités irait à l'encontre du but que s'est proposé la loi en réglementant la publicité des sociétés. Les tiers, nous l'avons dit, ont le plus souvent intérêt à ce que la validité du pacte social soit maintenue : il en est de même des associés ordinaires. Or, ceux-ci se verraient opposer par les gérants ou administrateurs la nullité de la société, moyen pratique de se soustraire aux sanctions spéciales édictées contre eux par la législation des sociétés. Dans l'opinion commune, au contraire, il sera possible de régulariser la société en publiant simplement la clause. (2)

On peut être surpris, lorsqu'on examine les inconvénients du système contenu dans les arrêts susdits, de

(1) Thaller. *Op. cit.* *J. des Soc.*, 1884, p. 396.

(2) Labbé. *Loc. cit.*

voir que ce système, proposé par la Cour d'appel, ait été adopté tel quel par la Cour de cassation. Il convient d'ailleurs de remarquer que parmi les arrêts antérieurs, ou postérieurs à ceux-ci, aucun ne reproduit leur argumentation sur ce point, auquel il ne convient sans doute pas de s'attacher particulièrement. On pourrait, en effet, n'envisager cette thèse accessoire que comme un argument inédit à l'appui de la thèse habituelle de la jurisprudence, qui reconnaît en général la valeur de la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices, indépendamment de toute condition de publicité. Cet argument se décomposerait comme suit :

1° La clause est valable sans publicité (pour les mêmes raisons qui ont toujours décidé la jurisprudence) ;

2° A supposer même pour un instant qu'il en puisse être autrement et que la publicité soit nécessaire, quelle sera la conséquence du défaut de publicité ? La nullité de la société elle-même, conséquence désastreuse pour tous s'il en fût. N'aurait-il pas mieux valu dès lors ne pas intenter une action reposant sur des moyens dont la jurisprudence, en sa sagesse, a déjà proclamé l'inanité ?

C'est ce qu'on nomme en mathématiques la démonstration par l'absurde. Il n'est peut-être pas interdit de croire que la Cour de cassation, après la Cour d'appel, a voulu dans l'espèce y recourir. Cette conjecture, que nous donnons pour ce qu'elle vaut, expliquerait du moins dans une certaine mesure la rédaction particulière des deux arrêts en question.

Résumé. — La clause « dite de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices » est en réalité une stipulation prévoyant une reprise éventuelle et fractionnée des apports sociaux.

A raison de la réduction du capital social qui résulte de son application, la validité de cette clause est subordonnée à sa publication dans l'extrait des statuts à insérer dans les journaux d'annonces légales.

A défaut de cette publicité, la nullité de la clause seulement — non de la société — peut être opposée par tout intéressé.

Par le nombre et l'autorité de ses défenseurs, cette opinion mérite toute notre attention. Un de ses adversaires les plus redoutables (1) lui reconnaît « un certain équilibre » et déclare qu'à son avis « les documents « parlementaires lui donnent à première vue raison ». Son adoption par la jurisprudence aurait peut-être eu l'avantage de permettre de donner provisoirement satisfaction à certains desiderata et de parer à certains dangers, et attendant l'avènement, en cette matière, d'une législation nouvelle.

(1) M. Thaller.

CHAPITRE III

TROISIÈME SYSTÈME

Validité absolue de la clause.

1° Système de la Jurisprudence jusqu'en 1884.

La plupart des arrêts rendus à l'occasion de la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices s'appliquent à des sociétés en commandite simple. Cette prédominance s'explique facilement, si l'on examine les quatre espèces de sociétés commerciales au point de vue des conflits que ladite clause peut y faire naître.

Ces conflits — on l'a déjà vu — peuvent être de deux sortes : 1° demandes en restitution des intérêts indûment touchés, émanant des créanciers, le plus souvent du syndic de la faillite ; 2° demandes en paiement des intérêts échus formées par les associés contre les administrateurs ou gérants.

Dans les sociétés en commandite par actions et dans les sociétés anonymes, le capital est habituellement plus fort, les intérêts des souscripteurs sont plus importants et mieux défendus que dans les autres sociétés commerciales. Les dispositions spéciales édictées par la loi donnent aux intéressés plus de garanties. (V. par ex. art. 10, 15, 35, etc. loi du 24 juillet 1867). Il en résulte les conséquences suivantes : la clause d'intérêts fixes ne sera insérée dans les statuts qu'à bon escient —

les intérêts seront d'autant plus régulièrement payés que la Société aura la perspective de bénéfices assurés au bout d'un temps sinon très court, du moins limité avec assez de certitude — l'insertion de la clause dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux d'annonces légales aura fréquemment lieu et par suite, ceux qui seraient tentés de demander la nullité de la clause ne pourront invoquer leur argument favori. Enfin, il faut rappeler ici la disposition de l'art. 63 de la loi de 1867, qui permet à tout intéressé d'avoir communication, aux grèves des Tribunaux de Paix et de Commerce, du texte intégral des statuts de ces sociétés : les tiers seront donc bien mieux et bien plus facilement renseignés sur la nature du pacte social et par suite, bien moins exposés à subir un préjudice, à raison du jeu régulier des clauses qui y figurent.

Les Sociétés en nom collectif pur sont habituellement gérées par tous les associés ensemble : ceux-ci n'ont donc pas besoin d'attendre, pour toucher leurs intérêts, le bon vouloir d'un gérant. Quant aux tiers, pourquoi réclameraient-ils spécialement la restitution des intérêts perçus par les associés, alors qu'ils ont pour gage le patrimoine tout entier de ces derniers?

Mais dans la commandite simple, les commanditaires courent plus de risques que les actionnaires; l'intérêt de leur mise représente souvent une part importante de leurs ressources; et c'est sur eux enfin que les tiers s'acharneront, en cas d'insolvabilité des gérants. Aussi

la plupart des auteurs ont-ils placé l'étude de la clause au chapitre de la commandite et la plupart des arrêts ont-ils été rendus à l'occasion de ce genre de sociétés.

Il importe toutefois de faire remarquer que ni la jurisprudence, ni la doctrine ne se sont attachées à l'étiquette légale des sociétés à propos desquelles les questions relatives à la clause avaient été soulevées, et que cette considération n'a jamais influé sur leurs appréciations. La validité de la clause, la nécessité de la publier, toutes les questions de ce genre ont toujours été jugées en principe.

La plupart des arrêts rendus depuis la moitié du siècle dernier, c'est-à-dire depuis l'époque où le commerce et l'industrie ont commencé de prendre leur principal essor, ont apprécié la clause de la même façon. La validité n'a été que bien rarement discutée, dans quelques arrêts et jugements remontant à une date relativement ancienne (v. infra). L'opinion soutenue par la majorité de la doctrine (validité moyennant publication dans l'extrait) a trouvé un plus grand nombre de défenseurs. Mais l'opinion à l'étude de laquelle nous en sommes arrivé a pour elle la majorité des décisions. A défaut de toute autre considération, on s'expliquerait cette large tolérance en faveur de la clause par ce motif que la jurisprudence — surtout en matière commerciale — s'attache le plus souvent à juger en équité et — s'il est permis de s'exprimer ainsi — en utilité. La Cour de cassation, et les Cours d'appel à son exemple, ont tenu

compte des immenses services rendus par la clause aux sociétés, comme procédé de rémunération transitoire et occasionnel des apports, indispensable au moment de la constitution et dans la période de début.

Toutefois cette interprétation si large de la clause ne s'est pas établie du premier coup, et, chose curieuse, on pourrait peut-être conclure qu'après l'avoir proclamée et fait triompher pendant de longues années, la Cour suprême a eu l'intention, dans ses derniers arrêts, d'y introduire certaines restrictions. C'est pourquoi il y a lieu, à notre avis, de distinguer, dans l'historique de la jurisprudence relative aux intérêts fixes, trois périodes distinctes :

1^o Avant 1867, la clause est très discutée et souvent combattue; toutefois la tendance à reconnaître sa validité moyennant publication prédomine.

2^o Le 8 mai 1867, la Cour de cassation (Chambre civile) rend un arrêt d'une importance capitale; admettant la validité de la clause pour ainsi dire sans conditions. Telle est du moins la conclusion que la plupart des commentateurs et des Cours d'appel se croient autorisés à tirer de cet arrêt. Un autre arrêt de la même haute juridiction vient confirmer cette croyance (8 mars 1881). La clause triomphè. Un jurisconsulte éminent vient présenter, à l'appui du système de la Cour suprême, une argumentation profondément étudiée, à l'examen de laquelle nous ne manquerons pas de nous arrêter longuement.

3^e Tout à coup la jurisprudence de la Cour de cassation paraît subir un revirement complet. Un arrêt (7 novembre 1899) semble se rallier à l'opinion qui exige que la clause, pour produire effet, soit publiée. Puis un autre arrêt récent (15 novembre 1910) revient à l'ancienne théorie, sans contredire toutefois l'arrêt précédent : de sa combinaison — ou plutôt de son rapprochement — avec ce dernier semble sortir un nouveau système, dont les détails, par malheur, apparaissent si peu clairement que toutes les interprétations qui en ont été fournies reflètent l'incertitude et se contredisent l'une l'autre.

L'étude de ces trois époques — avec tous les développements qu'elle comporte, notamment, la discussion des opinions que nous venons d'énumérer nous conduira à notre conclusion.

1^{re} époque. — D'anciens arrêts (1), cités par MM. Beudant, Bédarride, Alauzet, Duvergier et autres auteurs de la même époque, il résulte que la défaveur avec laquelle la clause d'intérêts fixes était vue avant 1867 par le Conseil d'Etat investi du droit d'autoriser la constitution des sociétés anonymes se communiquait aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Nous trouvons toutefois dans un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation en date du 19 mai 1847 (S. 47. 1. 585), la recon-

(1) Cass. Req., 25 juin 1846. D. 46. 1. 312. Civ., 16 juin 1863. D. 63. 1. 295. Req. 30 juillet 1861. D. 61. 1. 425; Req. 5 août 1862. D. 62. 1. 525. Trib. com. de la Seine. D. 59. 3. 24. Douai, 21 février 1861. S. 61. 2. 294.

naissance de la validité de la clause. La question de la publicité, réglée à cette époque par les art. 42 et suiv. du Code de commerce, n'est même pas effleurée. Cet arrêt passa pour ainsi dire inaperçu et sa décision ne fut pas imitée. C'est à une époque un peu antérieure à la loi du 24 août 1867 que la clause fut le plus vivement combattue en jurisprudence : on alla parfois encore (1), jusqu'à en nier la validité. Mais l'opinion qui ralliait à ce moment la majorité des Cours d'appel (2), était celle dans laquelle la clause n'était reconnue valable qu'autant qu'elle avait été soumise aux formalités de publicité exigées à cette époque par les art. 42 et suivants du Code de commerce : transcription d'un extrait des statuts sur un registre *ad hoc* et affichage dudit extrait, (pendant trois mois, dans la salle d'audience du Tribunal de Commerce. C'est vraisemblablement en ce sens, comme le fait remarquer M. Thaller, que se serait fixée la jurisprudence, si la Chambre civile de la Cour de cassation n'était venue lui imprimer une direction toute différente.

2^e époque. — La proclamation de la validité de la clause sans condition de publicité n'était pas, en 1867, une nouveauté. Un arrêt de la Chambre des requêtes (3),

(1) Orléans, 20 décembre 1860. S. 61. 2. 289. Amiens (adop. motif. Trib. civ. St-Quentin) S. 61. 1. 257. Trib. com. Cambrai. S. 66. 2. 157.

(2) En ce sens : Douai, 21 février 1861. S. 61. 2. 294. Rennes, 25 août 1863. S. 64. 2. 63. Aix, sous Cass. Req., 5 août 1862. S. 63. 1. 441.

(3) Req., 5 août 1862. S. 63. 1. 441. Il s'agissait d'une action en responsabilité du Conseil de surveillance d'une commandite par actions, à raison de la distribution d'intérêts que le pourvoi voulait assimiler à des dividendes fictifs.

rendu quelques années auparavant, dans une espèce, à vrai dire, un peu spéciale, avait tourné la difficulté en attribuant la souveraineté d'appréciation aux juges du fait (qui avaient conclu à la validité) : 1° sur le sens qu'il convenait d'attacher à la rédaction des statuts ; 2° sur le caractère licite des statuts ainsi interprétés. Un autre arrêt (1) déclare que d'après les statuts : «.... les intérêts des actions sont une charge du capital social, « assimilée aux frais et devant être payés même en l'absence de bénéfices. » Il est vrai que cet arrêt ajoute plus loin que « les tiers avaient été avertis par la publicité », ce qui semble indiquer que la clause avait figuré dans l'extrait publié conformément aux articles 42 et suivants Code de commerce. Enfin, la Cour d'Angers rendit le 18 janvier 1865, un arrêt beaucoup plus nettement favorable à la clause que tous ceux qui l'avaient précédé ; il y était dit notamment, à propos des intérêts touchés : « Attendu... que les actionnaires les ont reçus « comme créanciers légitimes de la Société et qu'il n'y a « pas plus de raison de leur en demander la restitution « qu'il n'y aurait lieu de le faire pour les autres charges « sociales auxquels ils sont assimilés. » C'était la condamnation des deux principales opinions antagonistes : nullité absolue et validité moyennant publication seulement. La Cour de cassation reprend cette théorie sous une forme encore plus catégoriquement affirmative, et sans même paraître admettre la discussion. La brièveté

(1) Caen, 46 août 1864. S. 65. 2. 33.

dé cet arrêt permet de le citer à peu près *in extenso*, comme l'exige, du reste, son importance.

«... Attendu que cette clause, consacrée par l'usage du
« commerce, n'a rien d'inconciliable avec les principes
« qui régissent la Société en commandite et a pu, dès
« lors, dans l'espèce, être déclarée licite;

« Attendu d'ailleurs que pour être opposable aux
« tiers, il n'était pas nécessaire qu'elle fût insérée dans
« les extraits prévus par les art. 42 et 43 Code de com-
« merce; qu'il est en fait constaté par l'arrêt attaqué qu'au-
« cune des énonciations exigées par lesdits articles n'a
« été omise dans l'extrait publié et déposé; qu'ainsi le
« montant des sommes formant la commandite y a été
« indiqué;

« Attendu que la clause de prélèvement d'intérêts à
« 4 % dont il s'agit a pu être légitimement considérée,
« non comme un élément de diminution éventuelle du
« capital, mais bien comme une des charges sociales
« dont la loi n'exige pas la mention dans l'extrait pres-
« crit par les art. 42 et 43 et dont les tiers peuvent
« d'ailleurs prendre connaissance par la communication
« de l'acte de société lui-même... Rejette... » (1).

En dépit des changements survenus peu après dans la législation — changements qui, à en croire les commentateurs de la loi du 24 août 1867, seraient de nature à modifier la jurisprudence dans un sens absolument défavorable à la clause d'intérêts payables en l'absence de

(1) S. 67. 1. 253.

bénéfices. Cet arrêt de la Cour suprême dicta l'opinion des juridictions inférieures pendant de longues années. Il correspondait, du reste, trop bien aux nécessités du commerce pour qu'il en fût autrement : une telle solution coupait court à toutes les difficultés pour les sociétés en voie de constitution et dissipait toutes les craintes des sociétés déjà constituées. A peine peut-on enregistrer quelques notes discordantes (1) ; encore le plus souvent est-il facile de tirer de ces décisions un argument à contrario : en effet, les arrêts dont il s'agit constatent en général (ainsi d'ailleurs que la plupart de ceux déjà cités plus haut) que les intérêts sont, dans les litiges qu'ils ont à trancher, stipulés payables *exclusivement* sur les bénéfices. Ces arrêts ne posent donc un principe contraire à celui de la Cour de cassation que pour constater aussitôt qu'en l'espèce il n'y a pas lieu de l'appliquer. Au contraire les arrêts rédigés dans le même sens que celui de la Cour de cassation sont nombreux et affirmatifs. (2) L'argumentation basée sur la loi de 1867 reproduit à peu près celle de la décision-type, de la Cour de cassation, ainsi qu'on peut le voir par les attendus ci-dessous, extraits d'un arrêt de Cour d'appel (3).

(1) Cass. Req., 13 novembre 1869. S. 70. 1. 216. Bourges, 21 août 1871. S. 71. 2. 257.

(2) Cass. Req., 7 mai 1878. S. 81. 1. 107. Paris, 1^{er} juin 1876 et 9 août 1877. S. 78. 2. 225. Douai, 9 août 1879. S. 79. 2. 320. Civ. Cass. 8 mars 1881 (2 arrêts à cette date). S. 81. 1. 257. Rouen, 15 juin 1882 et Paris, 5 décembre 1882, S. 82. 2. 92. Cass. 28 juillet 1896. S. 1900. 1. 391.

(3) Douai, 9 avril 1879. S. 79. 2. 320.

« Attendu que l'art. 5 des statuts de la société (il s'agit d'une commandite simple) porte que les apports des associés produiront à leur profit respectif des intérêts à 5 %, payables trimestriellement après chaque inventaire; que l'art. 8 relatif aux charges annuelles de la Société stipule expressément que lesdites charges annuelles et les frais généraux comprendront les intérêts dus par la société aux tiers et aux associés eux-mêmes, soit pour leurs apports, soit pour leurs versements en compte courant;

« Attendu que ces stipulations, consacrées d'ailleurs par un usage commercial constant, ne sont ni prohibées par la loi, ni en opposition avec les principes qui réglementent la société en commandite;

« Attendu qu'en vain on soutient que ces stipulations, pour être opposables aux tiers, auraient dû être insérées dans l'extrait de l'acte de société qui a été publié en exécution des art. 42 et 43 Code de commerce et 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867; — Attendu que toutes les énonciations exigées par ces articles et spécialement le montant des sommes composant la commandite figurent dans ledit extrait;

« Attendu qu'il résulte tant de l'ensemble des dispositions de l'acte de société que des termes formels de l'art. 8 que le prélèvement des intérêts de la commandite constitue à l'évidence non un élément éventuel de diminution du capital, mais une simple charge sociale dont le Code de commerce et la loi de 1867 n'exigent pas la

publicité et que les tiers peuvent au besoin connaître en demandant communication de l'acte de société lui-même;

« Attendu dès lors que les intérêts reçus de bonne foi ne peuvent être sujets à rapport...

« Par ces motifs... »

On voit par l'examen des deux arrêts qui précèdent que la jurisprudence à cette époque se bornait à invoquer les deux arguments suivants :

1^o *Affirmation de la validité de la clause* : La clause d'intérêts fixes, telle qu'elle figure dans les statuts des sociétés examinées, consiste dans la répartition, à échéance fixe, de sommes prélevées sur l'actif après inventaire. Cette répartition doit avoir lieu *même en l'absence de bénéfices* (bien que cette mention ne figure pas dans les statuts) *pourvu seulement qu'il soit stipulé que le montant en sera inscrit parmi les frais généraux* : cette stipulation traduit suffisamment l'intention des actionnaires de percevoir une rémunération de leur apport en dehors de tout profit réalisé par la société. (1)

Sous cette forme la clause est licite : elle n'a rien de contraire à l'essence des sociétés (2), et rien ne l'empêchera de produire tout son effet.

(1) L'arrêt de 1867 semble même ne pas exiger une stipulation formelle à cet égard. (« Attendu que la clause... a pu être légitimement considérée... comme une charge sociale »). Celui de 1879 semble toutefois considérer cette stipulation comme indispensable. Mais nulle part, il n'est question de cette énonciation, qui semble pourtant définir le caractère *essentiel* de la clause : « en l'absence de bénéfices. »

(2) Réponse à l'opinion, n° 1.

2^e Affirmation de l'inutilité de la publication. — a) Il est établi que toutes les mesures de publicité prescrites par la loi ont été observées en l'espèce ; que notamment les énonciations requises ont figuré dans l'extrait ; b) De plus les tiers « étaient intéressés à consulter l'acte de « société avant d'ouvrir un crédit quelconque à la mai-
« son » (arrêt de 1867). Or, « en demandant communica-
« tion de cet acte » (arrêt de 1879) ils auraient au besoin connu la clause.

L'inutilité de la publication résulte donc en premier lieu de l'absence et de l'inutilité de toute prescription légale y ayant trait ; en second lieu de la nature même des intérêts répartis à la faveur de la clause : car, du moment que ces intérêts sont placés au rang des *frais généraux*, ils ne constituent pas « un élément éventuel de diminution du capital ». Ils ne réduisent donc pas le gage des créanciers et leur publicité n'est pas exigée.

M. Thaller a critiqué comme suit cette jurisprudence, tout en partageant au fond les idées qui y sont contenues. « Si l'on commence par examiner la portée de « cette doctrine, on constate qu'elle dépasse de beaucoup
« les besoins de l'industrie et que validée sans réserves
« et pour une période indéfinie, la clause devient plus
« menaçante encore pour les tiers qu'elle n'est favorable
« aux associés eux-mêmes... La partie positive de l'ar-
« gumentation de la Cour de cassation se ramène... à
« quelques assertions, qui, n'étant appuyées sur aucune
« raison ostensible, provoquent l'incrédulité. Il se peut

« qu'il y ait tout une thèse latente, et une thèse très
« juridique, sous ce motif, que « la clause de prélèvement
« a pu être légitimement considérée, non comme un élé-
« ment de diminution du capital, mais bien comme une
« charge sociale »; mais il faudrait démontrer et la
« Cour s'en dispense, comment le capital demeure in-
« tact, alors que les associés y pratiquent visiblement
« une brèche. (1) » De même, l'argumentation basée sur
l'observation littérale des prescriptions légales en matière
de publicité est parfaitement insuffisante pour expliquer
comment on fait connaître le montant exact du capital
social, en omettant de faire connaître que ce capital
pourra être diminué, chaque année, par le service des
intérêts. (2) Enfin, la façon dont il est supposé que les
tiers peuvent avoir connaissance de l'acte de société
implique une singulière compréhension des intentions
du législateur.

Or, la majorité des arrêts rendus jusqu'aux dernières
années du XIX^e siècle avait accepté sans murmures
ces affirmations non motivées. Certains même avaient
tenté de renchérir sur les conclusions que nous venons
d'indiquer, et avaient fait preuve en ces occasions d'un
esprit juridique fort discutable. (3) Mais le sort de beau-
coup de sociétés semblait lié à celui de la clause; la

(1) Thaller dans *J. des Soc.*, 1884, p. 181.

(2) Rennes, 23 août 1863, S. 64. 2. 63.

(3) Paris, 9 août 1877 et Cass., 8 mars 1881. V. aussi jugement Trib.
com., Seine, 14 août 1874. Cass. Req. 7 mai 1878. S. 80. 1. 107.

nécessité pratique de favoriser les transactions commerciales entraînait les diverses juridictions sur les pas de la Cour suprême, dont un second arrêt en 1881 — abstraction faite d'une théorie nouvelle et douteuse (2) — avait confirmé le précédent. On se disait, avec M. Thaller, que « lorsqu'une thèse de droit a deux arrêts de la « Chambre civile pour elle, il y a bien des chances pour « qu'elle désarme à bref délai la controverse; et ce qui « vaut encore mieux, il y a des chances pour qu'elle soit « l'expression sage et mesurée de la loi. »

C'est à cette époque, où le triomphe de l'opinion favorable à la validité absolue de la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices semblait assuré, que l'auteur dont nous venons de parler frappé de l'indigence des arguments fournis à l'appui de cette opinion, entreprit d'en montrer le bien-fondé au point de vue juridique, en exposant — dans une étude à laquelle nous avons déjà fait plus d'un emprunt — un système très complet et très ingénieux, qu'il est indispensable d'analyser en détails, d'autant que les variations postérieures, plus supposées que réelles, de la jurisprudence, n'ont pas diminué la portée des arguments, le plus souvent inédits, qui s'y trouvent habilement groupés.

(5) V. *infra*.

2° *Système de M. Thaller.* — Ce système comprend trois parties essentielles :

1° Réfutation de la thèse dite « de la validité de la clause moyennant publication » par la démonstration des contradictions sur lesquelles elle repose ;

2° Réfutation de la thèse dite « de la nullité de la clause » (démonstration de la possibilité de concilier la notion d'intérêt et celle de société) ;

3° Argumentation positive (définition de la nature exacte du droit de l'associé).

1° *Discussion de l'opinion dite*
« de la validité de la clause moyennant publication ».

Rappelons en quelques mots comment les nombreux auteurs qui défendent cette thèse entreprennent de la justifier : selon eux le terme d' « intérêts », employé pour désigner la rémunération perçue à raison du jeu de la clause, ne doit pas être pris au pied de la lettre ; en réalité, il y a en pareil cas *prélèvement sur le capital* résultant d'une convention du pacte social. Telle est la base de toute leur argumentation. Partant de cette idée, ils concluent, d'une part, à la nécessité de la publication dans l'extrait publié dans un journal d'annonces légales

d'une clause qui, impliquant réduction du gage des tiers, doit être connue de ceux-ci ; d'autre part, au droit absolu, pour les associés, de conserver, sans être exposés aux réclamations des tiers — en supposant la règle de la publicité observée — les sommes touchées par eux à titre d'intérêts.

C'est à ces deux conséquences que M. Thaller s'attaque d'abord, en s'attachant à démontrer qu'elles ne peuvent être logiquement tirées de la notion fondamentale précitée (prélèvement sur le fonds social).

I. — Conformément aux principes les plus généraux du droit, la totalité du capital d'une société est le gage de ses créanciers. Nous avons exposé ci-dessus comment, d'après les opinions les plus autorisées, on devait comprendre et appliquer cette formule : il suffira de rappeler que le fonds social est, en principe, consacré uniquement aux opérations sociales et à la garantie des dettes qui en résultent. Les associés peuvent toutefois déroger à ce principe, en stipulant soit pour le présent, soit pour un avenir déterminé ou indéterminé, une réduction, dudit fonds social, à la condition toutefois d'en aviser par les moyens légaux les tiers intéressés.

Mais ces moyens légaux, quels seront-ils en l'occurrence ? Suffira-t-il, comme le veulent les auteurs en général, que la stipulation relative à cette réduction soit insérée dans l'extrait des statuts, publiée dans les journaux d'annonces légales, conformément aux prescrip-

tions de l'article 56 de la loi du 24 août 1867, et pourra-t-on laisser dans l'incertitude la date et l'éventualité même de sa réalisation ?

Non, et les auteurs qui l'ont soutenu ont perdu de vue (c'est M. Thaller qui parle) l'une des règles fondamentales de la publicité des sociétés, règle qui, pour n'être pas formellement énoncée, n'en est pas moins certaine : « Le capital une fois acquis à la société devient
« la garantie immuable des tiers ; il ne peut être l'objet
« d'une reprise, fût-elle fractionnée, fût-elle originaire-
« ment prévue et réservée *que moyennant une publicité*
« *nouvelle* ; et cette publicité elle-même n'a pas la vertu
« de purger les portions reprises du gage des créanciers,
« qui suit la valeur entre les mains des attributaires. »

Voici par quels arguments M. Thaller justifie cette affirmation :

Il existe une catégorie de sociétés, créée par la loi de 1867 (art. 48 à 55) en vue de favoriser les groupements coopératifs. Ces sociétés sont dites « à personnel et à capital variables » parce que « leur capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. » (Loi du 24 juillet 1867 art. 48.) Cette disposition permet aux gens qui ne disposent que de ressources modiques, en particulier aux ouvriers, de bénéficier des avantages de l'association, tout en conservant la possibilité de disposer de leurs

fonds en cas de besoin. Cette modalité peut affecter n'importe quelle espèce de société commerciale ; il suffit qu'elle soit constatée par une stipulation insérée dans les statuts. Cette stipulation dûment publiée, par application des articles 56 et suivants de la loi, les tiers ne peuvent élever aucune protestation contre les réductions du capital social faites en accord avec les règles légales. On considère que la publicité ainsi faite, une fois pour toutes, les avertisse suffisamment des risques particuliers de diminution auxquels leur gage se trouve exposé.

Nous avons dit que les dispositions de la loi allaient jusqu'à permettre le retrait complet de la mise : on doit donc admettre à fortiori qu'elles autorisent également une reprise fractionnée, s'opérant, par exemple, à raison de tant pour cent à la fin de chaque exercice clos sans bénéfices.

Mais dans l'un comme dans l'autre des cas précités — reprise totale ou reprise fractionnée — le régime des sociétés à capital variable est l'exception. Cette faculté de réduction du fonds social par retrait pur et simple des apports permet aux associés de faire l'économie de frais de publicité d'autant plus onéreux qu'ils seraient plus répétés : c'est donc pour eux une faveur des plus importantes. Mais cette faveur est compensée par des restrictions diverses aux libertés dont jouissent les autres sociétés : par la limitation du montant du capital social, par des règles spéciales touchant la négociation des titres, etc. Enfin la faculté de réduction elle-même a des

limites : le capital social ne peut devenir inférieur au dixième de son chiffre primitif.

On voit donc bien que la faveur légale en vertu de laquelle des prélèvements peuvent être faits sur le capital des sociétés à capital variable a un caractère tout exceptionnel : elle fait partie intégrante du système de mesures spéciales édictées par la loi à l'égard de ces sociétés seules et n'est aucunement susceptible d'extension.

Pour les autres sociétés, le droit commun seul est applicable : or le droit commun, c'est la fixité du capital, à laquelle il ne peut être porté atteinte que moyennant une publicité nouvelle : la retraite de tout associé doit être rendue publique dans les mêmes formes que l'acte de société (loi du 24 juillet 1867, art. 61), *parce qu'elle a pour effet de diminuer le capital*. La logique veut qu'il en soit de même de tout fait prévu de nature à amener le même résultat, que la diminution consiste dans la reprise d'une part tout entière, ou d'une fraction de part, ou d'une fraction de toutes les parts. « En vain l'associé se « réserverait-il la possibilité de retirer son apport sous « telle condition, par exemple, sous la condition d'absence de bénéfices : il ne le peut qu'au moyen d'un « acte de publicité, la condition une fois accomplie. »

Si l'on admet, par suite, la théorie d'après laquelle la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices équivaut à une reprise fractionnée du capital, on est forcément conduit à cette conséquence absurde, que le

paiement, à l'échéance annuelle des intérêts répartis en vertu de ladite clause exigerait : 1^o le dépôt aux greffes du tribunal de paix et du tribunal de commerce d'un procès-verbal d'assemblée générale, pour les sociétés par actions, et, pour les autres sociétés, d'un avenant spécial au pacte social originaire ; 2^o l'insertion dans les journaux d'annonces légales d'un extrait du procès-verbal ou de l'avenant en question, mentionnant entre autres choses l'importance de la réduction ainsi opérée. On voit sans peine les inconvénients pouvant résulter, pour une société commerciale, dont l'avenir peut dépendre du crédit qui lui sera accordé, d'une telle publicité, souvent faite en cours d'exercice (à l'échéance du « coupon d'intérêts » par exemple).

II. — Le défaut de logique inhérent au système de la publicité obligatoire se manifeste sur un deuxième point. Dans ce système, les sommes perçues en vertu de la clause sont définitivement acquises aux sociétaires, et se trouvent, dès leur perception, à l'abri de toute répétition possible de la part des créanciers de la société (1).

« De fait, si ce résultat n'est pas atteint, il n'y a rien d'acquis. » La situation faite à l'associé retrayant serait donc analogue à celle de l'associé qui n'a fait à la société qu'un apport en jouissance (2) *formel*, auquel la juris-

(1) V. supra l'étude de ce point.

(2) V. supra.

prudence (1) reconnaît le droit de reprendre intégralement son apport, et de recourir au besoin à une action personnelle contre ses co-associés.

Cette conception serait inexacte, même au cas où l'on aurait admis, au préalable, la nécessité d'une publicité nouvelle et où, en fait, cette publicité aurait eu lieu : telle est, encore une fois, la conséquence que l'on peut tirer du régime spécial des sociétés à capital variable.

En effet, l'associé soumis à ce régime de faveur, l'ouvrier à qui l'on accorde le droit exceptionnel de retirer sans formalités son pécule de la société à laquelle il l'avait confié ne peut se prévaloir d'un prétendu droit de nu-propriété pour se croire à l'abri de tout recours des créanciers sociaux, de même qu'un créancier diligent peut se croire à l'abri de toute réclamation de la part de créanciers retardataires : il reste tenu sur son apport, pendant cinq ans, des obligations contractées par la société et subsistant encore au moment où il a opéré son retrait.

Voici comment M. Thaller justifie cette disposition légale :

Si nous admettons comme démontrée l'existence de l'apport en jouissance, il ne s'ensuit pas que l'auteur de cet apport puisse le reprendre en se considérant franc et quitte de toutes dettes sociales. Il ne pourrait en être ainsi que dans le cas où la mise consisterait en un corps

(1) Cass. Req. 2 avril 1889. 20 déc. 1893. D. 94. 1. 224, et l'étude de M. Thaller sous Amiens 26 mai 1906. D. 1907. 2. 25.

certain, ce qui, soit dit en passant, exclurait tout idée de reprise fractionnée. Mais le quasi-usufruit d'une somme d'argent ne peut être soumis aux mêmes règles. La société a pu légitimement consommer les espèces apportées : on ne voit même pas de quelle utilité aurait pu lui être la remise d'une somme d'argent intangible (1). Le droit du nu-propiétaire se trouve donc, bon gré, mal gré, transformé en une sorte de créance, à raison de laquelle il a droit à une somme égale à celle qu'il a versée. Mais ce droit de créance même ne lui donnera pas le droit de concourir avec les autres créanciers sociaux. Le retrait de ses fonds équivaut à vrai dire à une dissolution partielle de la société ; son apport originaire a disparu, absorbé dans le fonds social : c'est sa part de ce fonds qu'il retire et non pas, comme le ferait un prêteur ou tout autre créancier, une restitution dont il bénéficie. Dès lors, il est l'ayant cause de la société, et ses fonds demeurent grevés des obligations résultant des opérations sociales. « Le passif social y a mis sa griffe et l'y laisse. »

Voilà pour quelles raisons la faveur faite par la loi aux membres des coopératives à capital variable ne va pas jusqu'à les soustraire à toute poursuite de la part des créanciers sociaux, avant qu'une durée de cinq années ne soit écoulée depuis leur retraite.

Or, on est, cette fois encore, en droit de dire — reprenant l'argument a fortiori déjà invoqué plus haut — que

(1) V. Trib. com. Beauvais sous Amiens 26 mai 1906 précité.

la législation commune ne confère pas aux associés, membres de sociétés commerciales ordinaires, plus de droits que la législation spéciale des articles 48 et suivants de la loi de 1867 n'en confère aux membres des sociétés à capital variable. « Est-il supposable que la « loi tolère de la part d'un associé ordinaire, un raisonnement qu'elle défend à un ouvrier de tenir ? Si elle « avait créé une pareille différence, elle aurait tourné « le dos au but : ses intentions étaient de faire aux « ouvriers une condition meilleure et non pire qu'aux « sociétaires dans une société à capital fixe. »

En conséquence, tout associé d'une société commerciale qui opère le retrait total ou partiel de sa mise, soit à la dissolution, soit au cours des opérations de la société ; soit à une époque fixée d'avance, soit à une date incertaine, sera, quelle que soit la dénomination sous laquelle ce retrait aura été dissimulé, tenu des dettes sociales pendant un temps donné.

L'idée de dissolution partielle, résultant dudit retrait, que nous avons exposé plus haut, nous conduit à cette conséquence que la prescription libératoire sera réalisée au profit de l'associé au bout de cinq années, conformément à l'article 64 du Code de commerce, dont s'est manifestement inspiré d'ailleurs l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867. Mais, tandis qu'en matière de sociétés à capital variable, le point de départ de la prescription sera, pour chaque associé, la date de sa retraite, pour tout autre société, ce point de départ sera fixé au jour

de la publication régulière de la reprise de l'apport, par extrait spécial et nouveau.

Les observations qui précèdent démontrent que le système de la publicité obligatoire, si séduisant qu'il puisse sembler dans son principe, se révèle illogique et inacceptable dans ses conséquences. Quelques exemples pratiques achèveront cette démonstration, en prouvant que les défenseurs de ce système sont le plus souvent obligés, dans l'application, de se déjuger eux-mêmes :

1° *Faillite*. — Les associés doivent s'effacer devant les créanciers (v. *supra*). Cela n'est pas discuté. Cependant ils devraient pouvoir réclamer les intérêts de l'année en cours, si cet intérêt était un démembrement du capital au même titre que les autres dettes « créanciers » contre créanciers, on ne voit pas la raison de préférer « les uns aux autres... Néanmoins, on tient les associés « à l'écart : c'est sage, c'est conforme aux exigences « du crédit. On sent vaguement que la vérité est là : « mais nous le répétons, c'est profondément illo-
« gique. »

2° *Amortissement*. — Cette opération consiste, on le sait, à prélever chaque année sur les disponibilités une certaine somme destinée à rembourser un certain nombre de parts sociales tirées au sort. Or, on est d'accord sur ce point que l'amortissement n'est possible que sur les bénéfices, et que les années mauvaises, il doit être suspendu. « Qu'est-ce à dire, sinon qu'un remboursement « fait au moyen du capital laisse les associés exposés à

« une demande en restitution, et cela, quand même la
« clause statutaire prescrivant d'amortir à tout événe-
« ment aurait été publiée. »

3° Enfin, il est évident que le rachat en Bourse, par une société, de ses propres actions (mode particulier d'amortissement) ne peut être régulièrement effectué que sur les bénéfices : toute clause contraire serait nulle et de nul effet. « N'est-ce pas toujours le même
« raisonnement d'ensemble, englobant des matières
« dont la manifestation extérieure diffère, mais qui re-
« pose sur des notions communes ? » (1)

2° Discussion de l'opinion

« de la nullité absolue » de la clause.

L'opinion intermédiaire étant présumée réfutée, il ne reste plus qu'à choisir entre les deux opinions extrêmes : nullité absolue, ou validité absolue.

Les partisans de la nullité invoquent à l'appui de leur thèse l'incertitude et l'aléa inhérents aux opérations sociales : d'après eux, le profit de toute association commerciale devrait être incertain et aléatoire ; la stipulation d'une rémunération forfaitaire, telle qu'un intérêt fixe annuel, serait incompatible avec l'essence même du contrat de société et impliquerait, entre la notion de ce

(1) Thaller *Op. cit.*, p. 472.

contrat et celle du contrat de prêt, une confusion inadmissible.

Il importe donc, pour combattre ce système, d'examiner s'il est vrai que la notion d'intérêt soit incompatible avec l'idée de société, et, pour cela, d'analyser d'abord la conception de l'intérêt au point de vue juridique. D'après M. Thaller : « L'intérêt comprend deux éléments : d'abord, on met aux mains de la contre-partie « une somme qu'elle fera fructifier, et on s'enlève en « même temps à soi-même la faculté individuelle de la « mettre en valeur : de là une rémunération légitime. « Puis on s'expose au danger de ne pas rentrer dans ses « fonds par suite de l'insolvabilité du preneur et on « stipule de ce chef une seconde prestation en compensation du risque. La fusion de ces deux éléments « forme l'intérêt. » L'intérêt est donc une stipulation représentant : 1° le prix du dessaisissement temporaire d'une valeur ; 2° le prix du risque de non remboursement. Une telle stipulation n'est-elle permise que dans un contrat de prêt ? Il est certain que c'est dans les contrats de cette espèce qu'elle se présentera le plus fréquemment. Mais il n'est pas rare de la rencontrer dans des conventions de nature toute différente. Par exemple, un vendeur peut laisser aux mains de l'acheteur tout ou partie du prix de la chose vendue, en stipulant le paiement des intérêts de cette somme jusqu'à l'échéance convenue pour le règlement définitif. Cette convention, fréquente dans les ventes d'immeubles et dont la vali-

dité n'a jamais été contestée, n'a cependant aucun rapport avec le prêt. Il en est de même de cet autre contrat, si répandu : le dépôt irrégulier en banque. On pourrait imaginer encore d'autres espèces de contrats pouvant être affectées de cette modalité particulière : une stipulation d'intérêts.

Le contrat de société paraît bien rentrer dans cette catégorie. L'intérêt stipulé dans les statuts sociaux présente en effet le caractère de rémunération perçue en échange du dessaisissement d'une valeur et en compensation d'un risque couru. Le dessaisissement existe, puisque l'associé met à la disposition d'une personne étrangère — la société, personne morale, — une partie de son avoir et se prive ainsi de la faculté de le gérer ; le risque n'existe pas moins, puisque, en cas de faillite, il perdra sa mise entière.

Ces deux points ont toutefois été contestés : on a dit (1) que le dessaisissement n'existait pas en réalité, la société n'étant que l'ensemble des associés et ses opérations se faisant à leur compte et leur profitant à l'occasion. Mais on peut répondre à cela que précisément, la clause n'a lieu de jouer que dans les années où il n'y a pas de bénéfices : il est juste de dire que, ces années-là, la société n'a fait que travailler pour son compte, et que les fonds dont les associés se sont dessaisiés n'ont profité qu'à elle. C'est même en prévision de cette éventualité

(1) Arthuys, t. I, n° 477.

que ceux-ci se sont assuré le paiement d'un intérêt forfaitaire.

On a voulu voir également dans la clause un moyen illicite de supprimer les risques de perte : on a considéré que l'intérêt, indemnité annuelle fixe, excluant pour l'associé les conséquences des opérations aléatoires de la société, constituait à ce titre une violation des règles de ce contrat. Cette conclusion est fautive : le bénéficiaire d'une stipulation d'intérêts fixes aura bien touché, chaque année, une somme destinée à compenser le manque à gagner résultant du dessaisissement de son apport au profit d'une société qui fait de mauvaises affaires ; mais en cas de faillite, il contribuera aux pertes sociales. Sa mise, grossie des intérêts qu'il n'aura pas encore touchés sera le gage des créanciers sociaux, et il la perdra tout entière, au lieu de toucher le dividende qui lui reviendrait, s'il avait joué le rôle de prêteur.

III. — Cette conséquence des principes ci-dessus exposés, que l'on sent conforme au bon sens et à l'équité et que tous les auteurs, quelle que soit leur opinion, ont admise, demande toutefois quelques mots d'explication. On se trouve de la sorte amené à définir la nature exacte du droit de l'associé : cette définition constituera en quelque manière la contre-partie positive des réfutations qui précèdent.

Dans une société civile, on peut, à la rigueur, soutenir que le droit de l'associé a le caractère d'une propriété

indivise ; dans une société commerciale, personne morale distincte de ses membres, ayant sa vie propre, le droit de l'associé n'est évidemment pas un droit de propriété : c'est par conséquent un droit de créance. Il est à remarquer d'ailleurs que l'article 529 Code civil place les « actions et intérêts dans les sociétés » à côté des obligations mobilières.

Ce droit de créance a cependant quelque chose de spécial : alors qu'en principe, tous les créanciers d'un débiteur, à l'exception de ceux qui possèdent un privilège ou une hypothèque, concourent au partage de ses biens, les associés, créanciers de la société, se voient préférer tous les autres créanciers sociaux, qui profitent des valeurs constituant leurs apports.

Les raisons de cette inégalité sont de l'essence même du contrat de société : par le fait même qu'ils s'associent, qu'ils créent une personne morale indépendante d'eux-mêmes, avec laquelle les tiers auront à contracter, les associés s'obligent, vis-à-vis de ces tiers, à répondre des actes de cette personne morale, au moins jusqu'à concurrence de leur mise sociale, sans préjudice d'une garantie plus ample pour les adhérents, associés en nom, qui consentiraient à assumer une responsabilité solidaire. Les associés sont tenus, vis-à-vis des créanciers sociaux, d'une obligation de garantie. S'ils concouraient avec eux en cas de faillite ; s'ils réclamaient, dans la répartition au marc le franc, une quote-part à raison du capital ou des intérêts à eux dus, ils évince-

raient en partie les créanciers : or, *qui doit garantir ne peut évincer*. Telle serait la situation de deux porteurs d'effets signés d'un failli, dont l'un aurait consenti à avaliser l'effet de l'autre : il serait obligé de s'effacer devant ce dernier.

On peut encore justifier d'une autre manière la préférence accordée aux créanciers : ceux-ci, par les avances de fonds et autres prestations qu'ils ont consenties à la société, ont fait l'affaire des associés, à la conservation de l'apport desquels ils ont contribué; il y a là une situation analogue à celle qui détermine un privilège au profit de celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose (C. civ. art. 2102. 3^e), ce qui peut autoriser à considérer les créanciers sociaux comme nantis d'une sorte de privilège, par rapport aux associés. (1)

Le risque couru par les associés subsiste donc sur leur mise tout entière, nonobstant la clause d'intérêts fixes, puisque, en cas de faillite, ils se verront préférer les créanciers. L'impression de surprise que peut causer de prime abord l'introduction d'un élément de bénéfice forfaitaire dans un contrat de société ne résiste pas, par suite, à l'examen. On peut d'ailleurs découvrir cet élé-

(1) Cette « construction juridique » ainsi s'exprime M. Thaller lui-même, dans le passage relatif à cet argument — pour ingénieuse qu'elle soit, peut sembler assez fragile, à raison de ce que les analogies entre les vrais privilèges légaux et l'espèce envisagée sont assez lointaines : par exemple, le privilège de l'article 2102, 3^e ne se conçoit guère que lorsqu'il s'agit d'un corps certain. L'argument précédent a une valeur bien plus grande. Nous nous bornons à citer celui-ci, comme le fait M. Thaller lui-même, sans y insister autrement.

ment dans d'autres stipulations des statuts de diverses sociétés.

En résumé, d'après le système que nous venons d'exposer : 1^o la clause d'intérêts payables même en l'absence de bénéfices n'implique pas prélèvement sur le capital ; 2^o elle n'est nullement incompatible avec les caractères intrinsèques et les principes fondamentaux du contrat de société. On est donc en droit de conclure, avec la Cour de cassation que « les intérêts promis sont
« une véritable charge sociale, le prix de la jouissance
« des fonds que la société met en œuvre et que par conséquent, le capital n'étant restitué d'aucune manière,
« il n'y a ni mesures de publicité à prendre, ni menaces
« de rapport à diriger contre les attributaires, ni critique
« de nature ou d'autre à formuler contre le procédé de
« rémunération. » En conséquence « comme au jour de
« l'encaissement des intérêts, il n'y avait ni concours,
« ni liquidation ouverte, ni opposition de la part des
« créanciers sociaux, les associés ont pu toucher sans
« menace de rapport une valeur primitivement réservée
« et considérée comme une simple prestation de jouis-
« sance. »

Telle est l'argumentation ingénieuse et plausible fournie par M. Thaller à l'appui de la thèse que la jurisprudence s'était contentée d'affirmer sans en discuter la valeur. Il est permis à coup sûr de ne pas partager sur tous les points l'opinion émise par le distingué professeur. Ces arguments toutefois ont été peu combattues. Il

est vrai qu'à cette époque à raison surtout de l'accord presque unanime de la jurisprudence la controverse sur la clause d'intérêts fixes semblait ne plus offrir autant d'importance. La discussion sur les différents points examinés au cours de cette pénétrante analyse semblait close, lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation (Ch. civile) vint, en apparence du moins, tout remettre en question.

Dernier état de la Jurisprudence.

Le 2 juillet 1897 (1) la Cour de Limoges — jugeant semblait-il, au rebours de la jurisprudence qui avait jusqu'alors prévalu — condamnait, à la requête du syndic d'une Société en faillite, les commanditaires au rapport des intérêts par eux touchés. Cet arrêt s'exprimait ainsi :

... « Attendu que l'art. 7 des statuts, qui énumérait
« les charges ou dépenses à porter au compte des frais
« généraux *n'y faisait pas figurer cependant* le service
« des intérêts du capital social...

« Attendu qu'*en admettant* que les clauses du contrat
« dussent être interprétées en ce sens que, même en cas
« d'insuffisance ou d'absence de bénéfices, elles permet-
« taient au profit des commanditaires le paiement des
« intérêts de leur mise, *ce paiement ne constituait pas*

(1) S. 1901. 1. 513. D. 1900. 1. 369. (Cet arrêt est cité avant l'arrêt de cassation du 7 novembre 1899).

« simplement une charge sociale assimilable aux frais
« généraux et qui, en cette qualité, aurait été affranchie
« de la publicité; que la stipulation d'intérêts, qui, pour
« être distribués, à défaut même de bénéfices, ne peuvent
« être pris que sur le capital social, équivaut à une
« autorisation anticipée de réduire éventuellement le
« capital et que, dès lors, elle doit être portée, au moyen
« de la publicité organisée par la loi, à la connaissance
« des tiers...

Ces prémisses une fois posées, l'arrêt poursuivait par des considérations qui se résument ainsi : 1° aux termes de la loi, le montant du capital social doit être indiqué; la clause d'intérêts fixes étant « un des éléments de la fixation du capital doit donc être reproduite dans l'extrait »; 2° à défaut de cette publicité, la clause est inopposable aux tiers; 3° le capital social, à défaut de stipulation contraire légalement opposable aux tiers, ne peut subir de prélèvement; 4° par suite, les intérêts distribués au mépris de ces règles sont assimilables aux dividendes fictifs et comme tels, restituables.

Toutes ces considérations sont empruntées à l'opinion habituellement suivie par la doctrine (validité de la clause moyennant publicité). Mais, dans l'arrêt en question, elles reposent sur une distinction d'une importance capitale, ignorée de la doctrine en général et même, jusqu'alors, semble-t-il, de la jurisprudence, et qui transforme absolument le caractère et la portée de la décision rendue. Mode de prélèvement sur le capital et par

suite, publiable, inopposable aux tiers à défaut de publicité, etc., la clause, en l'espèce, est tout cela : mais pour quelle raison ? *parce que les fondateurs de la Société ont omis de la faire figurer parmi les frais généraux*. On doit donc, à contrario, envisager la clause, lorsqu'elle est *inscrite parmi les charges sociales et que les intérêts figurent au nombre des frais généraux*, comme ne constituant pas un élément de diminution du capital, et comme étant, par conséquent, parfaitement opposable aux tiers, sans avoir fait l'objet d'aucune publication.

Cette thèse a été pleinement adoptée par la Cour de cassation. « Attendu que tout en admettant que les
« clauses de l'art. 6 (des Statuts) dussent être interprétées
« en ce sens que, même en cas d'absence de bénéfices,
« elles permettraient au profit des commanditaires le
« paiement des intérêts de leur mise, *l'arrêt a conclu*, de
« ce qu'il n'était pas fait mention de ces intérêts au
« nombre des frais généraux, que ces intérêts, dans les
« conditions où ils ont été stipulés et payés, ne consti-
« tuaient pas une charge sociale assimilable aux frais
« généraux et affranchie comme telle de la publicité...

Ainsi donc le défaut d'indication impliquant que les intérêts payés en vertu de la clause seront compris dans les frais généraux permet de supposer que ces intérêts, alors qu'ils sont payables en l'absence de bénéfices, sont un élément de réduction du capital. Les juges du fait ont seuls le droit d'apprécier s'il en est ainsi ou autrement,

d'après « les conditions dans lesquelles les intérêts ont « été stipulés et payés. »

Cet arrêt a jeté le désarroi parmi les commentateurs. La plupart l'ont interprété dans un sens beaucoup plus énergique que celui que nous venons d'indiquer. M. Thaller — dont nous avons signalé la prédilection pour la théorie de l'ancienne jurisprudence — a déclaré dans son Manuel de Droit commercial (1) que, d'après cette décision, il y avait lieu dorénavant de considérer la publicité comme nécessaire en tout état de cause.

Les raisons, pour lesquelles l'éminent professeur — et bien d'autres avec lui — ont cru à un revirement aussi complet, sont déduites dans les commentaires nombreux auxquels l'arrêt de cassation précité a donné l'essor (2).

Commentaires de l'arrêt du novembre 1899.

On ne sera pas étonné de trouver au premier rang de ceux qui ont exprimé la surprise que leur causait un arrêt si différent des précédents le plus chaud défenseur des théories de la jurisprudence antérieure.

Dans son examen de cet arrêt, M. Thaller rappelle les deux façons dont il est possible de comprendre une clause d'intérêts (en général) insérée dans les statuts d'un acte

(1) Thaller. Tr. élém. de Dr. comm. 4^e ed. n° 385.

(2) Thaller sous D. 1900, 1. 369. Wahl sous S. 1901. 1. 513. Champcommunal dans Pand. 1901 p. 321.

de société : cette clause peut — suivant sa rédaction — être considérée, soit comme un mode spécial de partager les bénéfices existants, soit au contraire comme un mode de rétribution des apports sociaux applicables même en l'absence de bénéfices.

Les considérants de l'arrêt d'appel admettent que l'on puisse donner à la clause cette dernière interprétation, à la condition toutefois qu'une formalité essentielle n'ait pas été omise : cette formalité est l'inscription des intérêts perçus en vertu de la clause au nombre des frais généraux.

Jusqu'alors, la jurisprudence n'avait pas, semble-t-il, abordé cette question. L'arrêt de 1867 se bornait à constater que les intérêts ainsi répartis n'entamaient pas le capital, mais représentaient en quelque sorte « le loyer correspondant à l'usage dont profite la commandite sur les fonds mis par les sociétaires à sa disposition. » Les intérêts auraient donc été, à cette époque, considérés par les juges comme devant être classés d'office, pour ainsi dire, parmi les frais généraux, « qui grèvent le capital, mais ne le réduisent pas ». (1)

L'arrêt de 1899 n'a pas admis cette sorte de présomption, qui aurait eu pour effet de faire écarter la demande en restitution. Il a jugé au contraire que l'omission des intérêts dans l'article des statuts énumérant les frais généraux faisait présumer que ces intérêts constituaient

(1) C'est dans l'esprit de ce système que M. Thaller a publié l'étude analysée ci-dessus.

en réalité un remboursement partiel, une *réduction du capital* qui aurait dû être rendue publique pour être opposable aux tiers.

Pour que les commanditaires puissent se considérer à l'abri de toute restitution, il faudra donc, ou bien que les intérêts soient formellement et expressément classés au rang des frais généraux, en tant que charges sociales — ou bien que la clause paraisse aux journaux d'annonces légales.

Cette distinction reposerait, en apparence, toute entière sur la présence ou l'absence dans les statuts d'une mention, dont l'omission peut être purement matérielle. Cette raison de pure forme ne devrait pas, semble-t-il, entrer en ligne de compte pour savoir si la clause doit être ou non publiée, et il semble difficile d'admettre qu'une simple question de rédaction puisse être en jeu dans l'espèce. Voici, en conséquence, comment M. Thaller explique l'intention de la Cour en formulant cette exigence : en cas de *non-mention* des intérêts au nombre des frais généraux, la clause devrait s'entendre en ce sens que le capital serait reconstitué ultérieurement, par prélèvement sur les bénéfices éventuels des années postérieures. « Alors, bien entendu, la « publicité de la clause est obligatoire, car si des « exercices prospères n'arrivent jamais, l'événement « aura démontré que le capital aura subi des brèches « irréparables. »

Mais il est bien difficile d'admettre qu'une stipulation

de cette nature puisse être absolument sous-entendue et qu'un fait négatif, tel que l'omission des intérêts perçus en vertu de la clause dans l'énumération des frais généraux, suffise à en faire présumer l'existence. Aussi M. Thaller ne présente-t-il cette explication qu'en désespoir de cause et tout en reconnaissant qu'elle ne peut guère être déduite des considérants laconiques de l'arrêt en question, « qui ne fait qu'aggraver les incertitudes anciennes ».

2° L'explication donnée par M. Wahl, dans l'étude consacrée par lui à la décision dont il s'agit, est toute différente.

D'après cet auteur, le désaccord entre cette décision et celle de 1867 ne serait qu'apparent. De l'une comme de l'autre, ressort cette constatation que les juges du fait ont, en l'espèce, une faculté d'appréciation souveraine. Il était loisible à la Cour d'appel de Limoges de proclamer, comme l'avait fait en 1865 la Cour d'Angers, également avec l'approbation de la Cour de cassation, que les intérêts « dans les conditions où ils avaient été stipulés et payés » constituaient une charge sociale, au lieu de les considérer comme un élément de réduction du capital.

En allant au fond des choses, on tirerait — toujours d'après M. Wahl — du rapprochement de ces deux arrêts une théorie conforme à celle de la majorité de la doctrine. La portée de l'arrêt de 1867 se réduirait à constater que les intérêts ne constituent qu'une charge sociale, *dans le cas seulement où ils doivent être prélevés*

sur les *bénéfices*. Il n'y aurait alors pas lieu à publicité. Mais si au contraire les statuts supposent — comme le déclare souverainement l'arrêt d'appel — que lesdits intérêts seront distribués même en l'absence de bénéfices, il y aurait diminution éventuelle du capital et par conséquent, la clause des statuts pouvant produire ce résultat devrait être publiée.

Le criterium de la portée de la clause serait la mention ou la non-mention des intérêts dont elle prévoit la distribution parmi les frais généraux : c'est d'après ce criterium que d'une part la Cour d'appel d'Angers aurait jugé, en 1865, qu'il n'y avait pas réduction du capital, les intérêts figurant au chapitre des charges sociales et les juges étant fondés à penser en conséquence « que les « fondateurs entendaient les prélever exclusivement sur « les bénéfices, *les frais généraux étant les charges annuelles prélevées sur les bénéfices bruts* » ; et que, d'autre part, en 1897, la Cour d'appel de Limoges aurait décidé à son tour que les intérêts non compris dans les frais généraux devaient être tenus pour payables en l'absence de bénéfices et par suite, pour assujettis à la publicité.

II. — Nous arrivons enfin au dernier arrêt rendu sur la question qui nous intéresse. Cet arrêt, rendu par la Chambre civile le 15 novembre 1910, (1) semble marquer un retour vers la jurisprudence antérieure, puisqu'il

(1) S. 1911. 1. 5. D. 1912. 1. 97.

écarte la demande en restitution des intérêts formulée par le syndic de la société en faillite : mais ses considérants sont encore plus obscurs que ceux de l'arrêt étudié ci-dessus et ont donné naissance à des commentaires aussi variés.

Le syndic avait obtenu gain de cause en appel, en ce qui concerne la restitution 1^o de dividendes fictifs ; 2^o d'intérêts perçus en vertu d'une clause ainsi conçue : « *Dans les frais généraux seront compris les intérêts du fonds social, lesquels en aucun cas ne pourront être répétés.* »

La Cour suprême ordonna, conformément à une jurisprudence constante, en matière de commandite simple, la restitution des dividendes fictifs comme n'étant en réalité « qu'un remboursement partiel ou total » fait aux commanditaires de leur mise sociale, qui est « le gage des créanciers ; c'est donc un paiement de « l'indû ». Mais, toujours en conformité avec la jurisprudence antérieure, elle refusa de reconnaître aux intérêts le même caractère.

Voici comment s'exprimait, touchant ce deuxième point, l'arrêt attaqué, dont les attendus semblent d'ailleurs assez logiquement déduits : après avoir rappelé que l'énumération de l'art. 57 de la loi de 1867 est énonciative et non limitative. « Attendu — disait cet arrêt — que « faisant application de ces principes à l'espèce dont il « s'agit, il y a lieu de dire, d'une part, que la clause relative aux intérêts intéresse les tiers, puisque, ces intérêts

« pouvant être versés en dehors de tous bénéfices, ladite
« clause peut avoir pour conséquence une diminution
« du capital social, et d'autre part, que, n'ayant pas été
« publiée, le syndic peut se prévaloir de la nullité, *car*
« *il ne peut dépendre de la volonté des associés de faire*
« *figurer les intérêts dans les frais généraux avec l'idée*
« *qu'en les mettant dans cette catégorie, ils pourraient*
« *les prélever sans avertir ceux qui traiteraient avec*
« *eux.* »

A cette déduction très nette et très plausible, la Cour de cassation n'a répondu cette fois encore que par des affirmations dénuées de preuves. Les attendus se bornent à poser en principe — comme dans l'arrêt précédent — que la clause peut être considérée comme une charge sociale. Mais la réfutation de la thèse des juges d'appel, que l'on s'attendrait à trouver, est remplacée par l'énoncé de quelques formules à la fois laconiques et obscures. Voici le texte de ces attendus qu'il est indispensable de citer. « Attendu en effet que cette clause peut, selon les
« circonstances de la cause, être considérée comme cons-
« tituant, non une diminution déguisée du montant
« du capital, mais une des charges sociales dont la loi
« n'exige pas la mention dans l'extrait prescrit par les
« art. 56 et suiv. — Attendu que tout en interprétant sou-
« verainement l'art. 8 § 2 des statuts en ce sens que les
« intérêts à 6 % du capital social compris dans les frais
« généraux sont versés aux commanditaires et acquis
« par eux indépendamment de tous bénéfices, l'arrêt

« attaqué, *sans vérifier en fait les conditions dans les-*
« *quelles ces intérêts ont été stipulés et payés*, en a
« ordonné la restitution pour l'unique motif *qn'en droit*,
« la clause, n'ayant pas été publiée, est inopposable aux
« tiers. Attendu qu'en statuant ainsi, il n'a pas donné de
« base légale à sa décision et par suite a violé les textes
« susdits... »

Il nous semble possible de découvrir certaines analogies entre cet arrêt et le précédent : mais les obscurités signalées dans ce dernier ne sont pas éclaircies, bien au contraire.

Les analogies sont les suivantes :

1^o L'un et l'autre arrêt reconnaissent la souveraineté d'appréciation des juges du fait, en ce qui concerne la portée de la clause (v. ci-dessus analyse de l'étude de M. Wahl), qui, dans l'une et l'autre espèce, impliquait la distribution d'intérêts même en l'absence de bénéfices.

2^o La Cour de Limoges s'était bornée à conclure, du fait que la nomenclature des frais généraux ne contenait pas mention des intérêts, à ce que lesdits intérêts constituaient un prélèvement sur les bénéfices. — Le Conseil d'appel de Saint-Pierre et Miquelon, par des attendus plus longuement motivés, déclare que cette mention même des intérêts au nombre des frais généraux est insuffisante pour dispenser la clause de publicité, le jeu de cette clause, en pareil cas, devant amener une diminution du capital. Ces deux opinions pourraient, à la rigueur, se combiner ; en admettant qu'elles

oient absolument contraires, il est certes permis des choisir la première : mais il semblerait qu'il fût difficile de découvrir, fût-ce avec toutes les clartés de la science juridique — si l'on en juge, du moins, par les hésitations des plus éminents jurisconsultes — en quoi le second de ces arrêts « manque de base légale », tandis que l'autre n'en manque pas. Il y a toutefois identité apparente entre les raisons qui ont dicté aux magistrats de la Cour suprême la terminaison de l'attendu final, dans l'un et l'autre arrêt. La ressemblance entre ces deux terminaisons est frappante :

« Attendu que... l'arrêt a conclu, de ce qu'il n'était pas « fait mention de ces intérêts au nombre des frais généraux, que ces intérêts *dans les conditions où ils ont été stipulés et payés* ne constituaient pas une charge sociale... « affranchie de la publicité... (Arrêt de 1899).

« Attendu que... l'arrêt attaqué, *sans vérifier en fait les conditions dans lesquelles ces intérêts ont été stipulés et payés*, en a ordonné la restitution pour l'unique « motif qu'en droit, la clause n'ayant pas été publiée, est « inopposable aux tiers... (Arrêt de 1910). »

Comme on le voit, ces deux décisions, loin de se contredire, se complètent, et l'on est en droit de supposer que cette phrase, d'allure sybilline, sur « les conditions dans lesquelles les intérêts ont été stipulés et payés » a été copiée de l'un sur l'autre. Il est inadmissible, en effet, que le hasard seul amène une pareille identité de

termes, surtout de termes pouvant sembler volontairement obscurs.

Avant de voir à quels aperçus ce rapprochement pourra nous conduire, passons en revue les interprétations que les maîtres de la science juridique ont données de cet arrêt, qui, selon la juste expression de l'un d'eux, (1) prolonge et complique l'imbroglio de 1899.

1° M. Lyon-Caen s'est toujours montré favorable à la validité de la clause ; mais il en a toujours subordonné la reconnaissance à l'observation de la formalité de publication (2). On ne sera donc pas surpris de constater qu'il est de ceux qui interprètent l'arrêt du 15 novembre 1910 dans le sens le plus favorable à la théorie de la publicité obligatoire.

D'après l'éminent professeur, en effet, les trois principaux arrêts de la Cour de cassation seraient comme les étapes successives d'une évolution de l'opinion de la juridiction suprême dans le sens de la théorie habituellement soutenue par la doctrine.

L'arrêt de 1867 semblait déclarer, sans s'attacher particulièrement à la rédaction de la clause, que les intérêts payables en vertu de cette dernière étaient compris d'office au nombre des frais généraux ; la validité absolue de la clause sans publicité était posée en principe,

(1) Percerou, sous D. 1912. 4. 97.

(2) Cf. Traité n° 552 suiv. manuel n° 481.

et les dérogations à ce principe ne pouvaient être qu'exceptionnelles.

Avec l'arrêt de 1899, le point de vue de la jurisprudence se modifie, par l'introduction d'un élément nouveau d'appréciation. La clause d'intérêts *devra* ou *ne devra pas* être publiée selon que les intérêts seront ou ne seront pas expressément compris dans les frais généraux. C'est une première addition au principe posé par l'arrêt de 1867.

L'arrêt de 1910 marque une accentuation de cette tendance : l'arrêt attaqué avait, on se le rappelle, reconnu que les intérêts étaient, aux termes des statuts, compris dans les frais généraux, et avait néanmoins conclu à la nécessité de la publicité. La Chambre civile, tout en s'inspirant de sa jurisprudence traditionnelle, ne condamne pas d'une façon absolue cette manière de voir, il semblerait « qu'il pût se faire qu'il y eût lieu de « publier la clause relative aux intérêts, à peine de « nullité. » — Même si les intérêts figurent au rang des frais généraux.

Cette conclusion se fonde sur les remarques suivantes :

1° L'arrêt dit que la loi de 1867 ne soumet pas *nécessairement* la clause à la publicité. La règle selon laquelle la clause serait dispensée de publicité — règle posée par l'arrêt de 1867 — se transformerait donc en exception. Cette dispense n'existerait que dans certains cas.

2° Les juges du fait seraient souverains en ce qui concerne l'appréciation de ces cas. Mais cette appréciation ne

consisterait pas uniquement dans la constatation d'un fait, par exemple de l'inscription des intérêts au rang des frais généraux. Il y faudrait joindre la vérification des conditions dans lesquelles les intérêts ont été stipulés et payés.

« Cette phrase énigmatique, déclare, non sans fondement, M. Lyon-Caen, ne comporte aucune explication plausible. » On constate une tendance vers l'opinion de la doctrine, mais les manifestations de cette tendance demeurent d'une obscurité déconcertante. Aussi, désespérant de découvrir dans les ténèbres de ses attendus les intentions véritables de la Cour suprême, M. Lyon-Caen s'attache du moins à tirer de sa décision une conclusion pratique. Il serait, d'après lui, toujours prudent de publier la clause dans l'extrait : en effet, les intérêts distribués en l'absence de bénéfices constituent toujours, en fait, un élément de diminution du capital social. Il est vrai qu'il en est de même, en pareil cas, pour tous les frais généraux : mais ceux-ci sont, par leur nature, indéterminés ; il est donc impossible de les publier, tandis qu'une cause de diminution *conventionnelle* et déterminée à l'avance doit être publiée, si l'on veut renseigner complètement les tiers.

Nous examinerons d'autre part s'il ne serait pas possible de formuler à l'encontre de cette conclusion quelques objections théoriques : mais il est certain qu'au point de vue pratique elle mérite l'approbation générale.

2^e Une autre explication de l'arrêt qui nous intéresse a

été donnée par M. Percerou (1). D'après cet auteur les trois arrêts principaux de la Cour de cassation, bien loin de se contredire, se confirmeraient et se complèteraient. L'arrêt de 1867 avait posé le principe de non publicité, dans le cas où les intérêts sont compris dans les frais généraux; l'arrêt de 1899 apporte à l'appui de cette thèse un argument a contrario, en déclarant sujet à publicité les intérêts, non compris, en l'espèce, dans les frais généraux, et pouvant par suite être considérés comme un élément de diminution du capital.

En 1910, la Cour suprême semble faire, de l'inscription formelle et expresse des intérêts de la clause au rang des frais généraux, la condition *sine qua non* de toute dispense de publicité. Il ne faut pas voir, dans cette conception « un inconcevable retour du formalisme » comme disait M. Wahl en 1899 (v. ci-dessus), mais une exigence rationnelle et fondée et la fixation d'un criterium selon lequel la nature et la portée de la clause seront déterminées avec netteté et précision..

Les associés auront-ils voulu « attribuer aux associés l'équivalent du revenu que leur aurait fourni un « dividende, au cas où il y aurait eu des bénéfices réalisés » ? En ce cas, l'on est en droit de conclure que la réduction du capital ne sera que provisoire et que ledit capital, demeuré à son ancien taux, devra être reconstitué dès que les circonstances le permettront. C'est le cas de la société visée par l'arrêt de 1867. Il s'ensuit qu'en

(1) Des Annales de Dr. Com. 1911 p. 69 -- et dans D. 1912. 1. 97.

pareil cas les intérêts perçus ne seront pas restituables.
« Quand même l'actif n'arriverait pas à se reconstituer
« plus tard à l'aide de bénéfices, les créanciers seraient
« sans pouvoir pour exiger des associés le rapport de
« sommes dont la sortie des caisses sociales a été
« imposée par la nécessité de boucler un inventaire sans
« frustrer les commanditaires ou actionnaires d'un revenu.
« Lorsqu'un actif tombe, par le fait de l'exploitation
« sociale, au-dessous du capital et ne se relève plus, les
« créanciers ne peuvent pas exiger des commanditaires
« qui ont libéré leur mise un supplément de versement.
« Il en sera de même ici.

Les associés ont-ils voulu au contraire s'allouer un intérêt fixe, sans avoir l'intention de combler plus tard les brèches faites au capital? Ce dernier ne pourra jamais, en aucun cas être ramené à son chiffre primitif. C'est l'intention qu'on est en droit de leur prêter, lorsque les intérêts ne sont pas stipulés payables à titre de frais généraux. En ce cas, il y aura, en principe, lieu à publicité, sauf (aux termes du nouvel arrêt) si les juges du fait, usant de leur droit d'appréciation souverain, ne l'estiment pas nécessaire.

Dans la pratique, la nature de la clause sera constatée par la comptabilité sociale. « Porte-t-on ces intérêts
« au compte « profits et pertes » sans toucher au capital
« et en laissant subsister la nécessité de ramener l'actif,
« sur les premiers bénéfices, au chiffre statutaire de ce
« capital? Alors, il y a là une simple charge sociale,

« dispensée d'insertion dans les journaux. Les impute-t-on
« au contraire, sur le compte capital, par voie de réduction
« dudit capital? Dans ce cas, on est en présence
« d'une stipulation équivalant à une réduction éventuelle
« du capital et qui, à ce titre, doit être publiée dans les
« journaux. »

Ces prémisses acceptées, il devient possible de fournir une explication plausible de l'arrêt de 1910. Pour savoir laquelle des deux interprétations ci-dessus il convient de donner à la clause, il devrait suffire de s'en référer aux expressions employées par les statuts. Mais cette référence peut être insuffisante, la comptabilité sociale pouvant n'être pas tenue conformément aux indications des statuts : les juges du fait auraient donc l'obligation de vérifier comment, *en pratique*, la stipulation a été interprétée, c'est-à-dire comment la clause a été reproduite dans la comptabilité sociale. Tel serait le sens qu'il conviendrait de donner à cette phrase « vérifier en fait les conditions dans lesquelles les intérêts ont été stipulés et payés ».

Ce système, fort ingénieux d'ailleurs, n'est pas à l'abri de toute critique. Son auteur lui-même reconnaît qu'il laissa planer une fâcheuse incertitude sur la nature de la clause au moment où la société se constitue ; il conclut en conséquence, comme Lyon-Caen, qu'il est préférable, en tout état de cause, de faire l'insertion, cette formalité ne pouvant, du reste, causer une véritable gêne aux

associés, hormis le cas où ceux-ci auraient, à l'égard des tiers, des intentions frauduleuses.

D'autre part, sans être invraisemblable, cette hypothèse n'en est pas moins absolument conjecturale. Il convient de rappeler ici que M. Thaller a exprimé, à propos de l'arrêt de 1899 (1), une opinion diamétralement opposée à celle de M. Percerou, puisque, d'après lui, la non-mention des intérêts parmi les frais généraux impliquerait une clause sous-entendue de reconstitution du capital. Pour ces raisons et pour d'autres encore, on ne peut être certain que l'ingénieuse explication de M. Percerou rend exactement compte de la théorie dissimulée sous le voile des attendus de l'arrêt en question.

3° Enfin, nous avons la bonne fortune de posséder sur cette décision le commentaire de M^e Frénoy, avocat du demandeur. Bien que la Cour suprême ait accueilli, du moins sur le point qui nous intéresse, le pourvoi de ce dernier, il ne faudrait pas croire que M. Frénoy accueille aussi favorablement les théories exprimées par la Cour suprême. Avec une parfaite impartialité juridique et une grande sûreté de vue, il signale les défauts de l'argumentation de la Chambre civile et les critique comme suit :

La Cour, pour dispenser la clause de la publicité, se base sur l'*intention* exprimée par les associés de faire rentrer les intérêts dans les frais généraux « ce qui les rend
« indépendants de l'existence des bénéfices, comme toute
« autre charge sociale » les tiers sachant bien que les

(1) Sous D. 1900, 1. 389. précité.

dites charges devront être, en cas d'absence de bénéfices, prélevées sur le capital.

Cette intention suffit-elle à justifier cette assimilation d'une charge invariable aux frais généraux variables ? Peut-on, surtout, exiger des tiers qu'ils la devinent ? « Si ce prélèvement — dit M. Frénoy — se justifie par « l'intention de donner aux intérêts le caractère de « simples frais d'exploitation, son effet devrait, semble-
« t-il, entraîner dans tous les cas l'obligation de la publi-
« cation. » Les décisions de la jurisprudence antérieure ne s'étaient point embarrassées de considérations de ce genre : l'inscription des intérêts au nombre des frais généraux suffisait à les motiver. Mais le dernier arrêt de la Chambre civile semble exiger une recherche plus précise de l'intention des sociétaires : les juges du fait doivent « vérifier les intentions dans lesquelles les intérêts ont été stipulés et payés ».

Cette phrase semble être la pierre d'achoppement de toute interprétation de l'arrêt. Stipulés ? les intérêts l'ont été par les statuts ; payés, ils l'ont été en vertu de la clause.

D'après M. Frenoy, la recherche des juges du fait devrait porter sur la question de savoir si les contractants « ont entendu se procurer le moyen de se faire rembour-
« ser leur mise sociale, ou s'assurer seulement contre
» les risques de l'absence de bénéfices pendant une
« période d'attente. » Encore ne donne-t-il cette solution qu'en en faisant ressortir le caractère purement conjec-

tural, et à ce titre peu satisfaisant. « Alors que la légalité de la clause ne dépend pas d'une limitation de temps, les motifs de la dispense de publicité seraient empruntés à cette considération, et, sans s'arrêter aux termes généraux et clairs de la clause, on rechercherait le mobile qui l'a fait insérer dans les statuts, en introduisant une distinction selon la durée de ses effets dans une convention qui n'en contient pas. » En résumé, M. Frénoy, comme les autres commentateurs dudit arrêt, semble reconnaître que nulle explication n'est de nature à satisfaire complètement l'esprit, lorsqu'il s'agit de découvrir la théorie actuelle de la Cour suprême sur cette matière complexe. La clause est valable, sans doute : mais on ne sait plus bien à quelles conditions.

CONCLUSION

On voit à quel point la question que nous étudions est complexe en son apparente simplicité et l'on comprend que ce n'est pas sans appréhension que nous envisageons l'obligation qui nous incombe de proposer — après tant d'auteurs illustres — une solution du problème. Essayons-le toutefois.

I. — Il apparaît d'abord hors de doute que la validité de la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices doit être en principe admise.

Considérons, en effet, les conséquences d'un refus d'admettre cette validité. Supposons un instant que la Jurisprudence, rompant avec sa tradition constante, adopte tout à coup cette manière de voir. Les suites d'une pareille décision serait encore plus fâcheuses aujourd'hui qu'elles ne l'eussent été à l'époque où la plupart des auteurs la préconisaient. Le nombre des Sociétés et l'importance des capitaux qui y sont engagés se sont accrus dans d'énormes proportions ; la fréquence de la clause a augmenté de même. Un revirement complet de la Jurisprudence ferait naître une quantité inappréciable de litiges et déterminerait sans doute, d'une part, la faillite de plusieurs sociétés, déjà fondées, et d'autre part l'échec d'un grand

nombre d'entreprises intéressantes, qui ne trouveraient plus de souscripteurs (1).

En regard de ces inconvénients nombreux, quels avantages résulteraient du revirement susdit ? Peut-être quelques créanciers de sociétés en faillite réussiraient-ils à obtenir un dividende un peu plus élevé : et ce serait tout, car nous n'avons plus le droit aujourd'hui de nous imaginer — comme on pouvait encore le croire en 1867 — que cette modification aux errements habituels empêcherait ceux que M. Beudant appelait « les habiles de l'industrie » de séduire le public mal informé et de profiter de sa naïveté. Les décisions de la Jurisprudence, ainsi d'ailleurs que les dispositions légales, sont trop souvent impuissantes à empêcher les méfaits de ce genre d'individus. En l'espèce, l'interdiction de recourir à la clause gênerait surtout les honnêtes gens.

Il serait donc presque permis de dire qu'en pareil cas l'observation stricte des principes juridiques doit fléchir devant d'impérieuses nécessités pratiques. On s'expliquerait qu'en considération de semblables nécessités la Jurisprudence ait, une fois de plus, interprété la loi dans un sens plus que large, si même l'opinion des partisans de la nullité absolue avait réellement pour elle d'être la conséquence absolument rigoureuse de principes posés par la Loi. Mais on sait qu'il n'en est pas ainsi.

On se souvient des arguments principaux invoqués à l'appui de cette opinion : on a déjà vu comment il était

(1) Cf, Thaller, *op. cit.* Lyon Caen sous S. 1911-1-5.

possible de les réfuter. L'interdiction prétendue de stipuler, dans un contrat de société, une rétribution forfaitaire telle qu'un intérêt a été, croyons-nous, victorieusement combattu par M. Thaller (v. supra); d'autre part, l'argument procédant de l'impossibilité, pour les associés, de faire un prélèvement annuel sur le capital social a été suffisamment réfuté par les auteurs qui expliquent la clause précisément en la ramenant à un prélèvement conventionnel, notamment M. Labbé (v. supra). Enfin le fondement que cette thèse semble emprunter à certaines dispositions de la loi du 24 Juillet 1867 et surtout aux interprétations fournies par la plupart des commentateurs de cette loi n'est en réalité qu'apparent. En pareille matière, il ne suffit pas d'une interdiction plus ou moins vague ou sous-entendue : la Loi semble ignorer la clause, donc elle ne l'interdit pas. Il est indiscutable que ce silence présente de nombreux inconvénients : mais le fait de suppléer au défaut de dispositions légales par une interdiction non fondée en droit serait encore plus fâcheuse et plus inadmissible (1).

De quelque façon donc qu'on envisage le système de la nullité absolue de la clause, on constate qu'impraticable en fait, il est loin de posséder en droit la solidité que l'on croirait inhérente à sa rigide armature d'apparence si juridique. Nous n'hésiterons donc pas à l'écarter définitivement.

(1) Lyon Caen et Renault. Tr. de Dr Com. n° 352 suiv.

II. — La validité de la clause étant admise, examinons par quels raisonnements on la justifie.

Pour les uns, la clause n'est concevable que comme une condition, inséré dans les statuts, aux termes de laquelle les associés auront le droit de reprendre leur apport par prélèvements annuels fractionnés, si l'exploitation ne produit aucun bénéfice. Cette clause entamant le capital social, gage des créanciers, doit être portée à leur connaissance par son insertion dans l'extrait des statuts publié dans un Journal d'Annonces légales.

Pour les autres, et pour la Jurisprudence en particulier, les intérêts, perçus en exécution de la clause, sont bien de véritables intérêts et comme tels, doivent figurer au chapitre des frais généraux de la Société : ils ne sont donc pas assujettis à la publicité.

On peut simplifier les termes de cette controverse : il est à noter en effet que, en ce qui touche la publicité proprement dite, les adversaires sont parfaitement d'accord : Si les intérêts sont prélevés sur le capital social, la clause en vertu de laquelle ils sont répartis doit être publiée. Mais, pour les uns, ce prélèvement est de l'essence même de la clause ; pour les autres, ce prélèvement n'existe que dans certains cas, sinon jamais.

La question à résoudre se ramène donc à celle-ci :

Les intérêts doivent-ils être ou n'être pas considérés comme prélevés sur le capital social ?

III. — Avant de discuter ce point fondamental, il y a

lieu de rappeler que des objections très sérieuses ont été formulées contre la logique des conséquences que l'on a coutume de tirer de l'une des deux opinions en présence. L'argumentation au moyen de laquelle M. Thaller établit : 1° que la publication de la clause dans l'extrait légal des statuts serait, aux termes même de la loi, un mode de publicité insuffisant ; 2° que les fonds perçus, — ou plutôt retirés — par les associés seraient en tous cas soumis, pendant cinq ans, au recours des créanciers, n'a jamais, à notre connaissance été réfutée. Il est bien évident que, si nous tenons pour démontrée l'absurdité des conséquences d'une opinion juridique, cette démonstration nous fournit, à l'encontre de cette opinion, un argument d'une grande valeur, tout au moins en pratique. Nous avons exposé en détail les objections dont il s'agit, en laissant entendre qu'elles constituaient à notre avis un argument des plus sérieux en faveur du système habituellement suivi par la jurisprudence, en convainquant d'illogisme ses plus sérieux adversaires. Toutefois, nous estimons que s'il était possible d'arriver à trancher la question par la méthode que nous nous efforçons d'ébaucher ici, la solution ainsi obtenue aurait tout au moins l'avantage de se présenter à l'esprit dégagée des méandres d'une dissertation qui est un régal pour quiconque a le loisir de l'étudier à fond, mais qui peut décourager un lecteur pressé et superficiel, ce qui, dans une question non dénuée de portée pratique, telle que celle-ci, peut avoir son importance. Nous ne reviendrons pas, en tout

cas, sur l'argumentation de M. Thaller et nous nous bornerons à rechercher les caractères des intérêts perçus en vertu de la clause, au point de vue du droit pur, et indépendamment des conséquences de la théorie adoptée, quelles qu'elles puissent être.

IV. — Que faut-il entendre par le mot : *Prélèvement* sur le capital social ?

Le capital social n'est qu'une première mise, que l'activité, l'intelligence, l'audace, la témérité même des dirigeants d'une exploitation devront faire fructifier, au cours des opérations sociales. Telle de ces opérations pourra exiger que ledit capital soit aventuré presque en entier : si elle échoue, c'est la ruine de la Société, c'est la faillite, dont les créanciers ne retireront peut-être pas le moindre dividende. Voilà donc un fonds social complètement englouti par la malchance ou la maladresse des dirigeants de la Société. Et pourtant, il ne sera pas question de « diminution du capital ». La disparition de leur gage résultera pour les créanciers du jeu régulier des opérations sociales : ils seront victimes du crédit qu'ils auront, inconsidérément peut-être, fait à la Société. (1)

Pour qu'on prononce le mot de « Capital réduit, capital diminué » il faut donc qu'une condition ait été remplie : il faut que la portion du capital disparue ait profité aux associés, qu'elle ait été considérée comme un remboursement partiel ou total de leur mise.

(1) En ce sens Rouen 15 juin 1882. S. 82-2-92.

La distribution d'intérêts en l'absence de bénéfices, en vertu d'une clause formelle, rentre-t-elle dans cette catégorie de dépenses régulières, normales et pour ainsi dire obligatoires, qui, suivant l'expression des auteurs « grèvent le capital et ne le réduisent pas ? » Il suffirait qu'elle pût y être comprise pour rendre inutile ce que M. Thaller appelle le « détour juridique » au moyen duquel on prétend représenter les intérêts perçus en vertu de la clause comme une série de prélèvements fractionnés sur le capital.

V. — Les dépenses régulières d'une entreprise commerciale ou industrielle sont de deux sortes :

1° Les dépenses d'exploitation proprement dites ; achat de matières premières, rétribution de la main-d'œuvre, manutention des produits, etc. Ces dépenses, inhérentes à l'objet de l'entreprise, sont directement rémunératrices.

2° D'autres dépenses, aussi nécessaires, mais d'une nécessité commune à toutes les entreprises indépendamment de leur objet et ne contribuant qu'indirectement à créer des bénéfices. Ce sont les frais généraux : loyer, impositions, appointements du personnel employé (comptables, vendeurs), etc. C'est évidemment dans cette catégorie de frais qu'il faut faire rentrer les intérêts répartis en vertu de la clause.

On a objecté (1) à cette assimilation que les frais généraux ont un caractère essentiellement variable et qu'il

(1) V. *Supra*, Lyon-Caen, Frenoy (Comment. de l'arrêt de 1910).

semble abusif d'y comprendre un élément invariable tel que les intérêts dont le taux forfaitaire est prévu par les statuts. Cette critique ne nous semble pas fondée : sans parler en effet du caractère habituellement fixe de telle ou telle espèce de frais généraux — le loyer, par exemple, — il en est une en particulier dont le rapprochement avec les intérêts fixes s'impose avec évidence. Nous voulons parler des émoluments de la gérance fixés par les statuts.

Il est fréquemment stipulé, en effet, dans les statuts des diverses sociétés, que le ou les gérants, administrateurs-délégués, directeurs, etc., toucheront — bien qu'associés et mandataires des autres associés, fonctions habituellement gratuites, — en sus et en dehors des dividendes auxquels leur apport leur donnera droit, des appointements fixes, indépendants du chiffre d'affaires, des bénéfices ou des pertes. Une comparaison s'impose entre ce genre de rémunération prévu par les statuts et les intérêts distribués en vertu d'une disposition également statutaire : dans l'un des cas, c'est le loyer de l'argent, dans l'autre cas, c'est le loyer de l'industrie que la Société paie — le mot loyer étant pris ici dans son sens le plus large, sinon le plus exact au point de vue juridique. Que l'on mette à sa disposition l'un ou l'autre des éléments générateurs de la richesse, industrie ou capital, nul ne trouvera surprenant que la Société s'oblige à payer en échange une rémunération fixe : et cette rémunération devra logiquement figurer au même chapitre des dépenses sociales, soit

qu'elle représente le prix de l'expérience et de l'effort individuel, soit qu'elle constitue la rétribution convenue du capital sans lequel cette expérience serait vaine et cet effort infructueux.

Telle pourrait être, à notre avis, la raison profonde pour laquelle la Jurisprudence a admis qu'il fût licite de faire figurer la clause d'intérêts payables même en l'absence de bénéfices au rang des frais généraux. Mais elle n'a pas voulu aller plus loin; elle s'est toujours refusée (1) à présumer d'offrir cette assimilation; elle a exigé que l'intention des sociétaires fut nettement exprimée. S'ils ont voulu faire figurer les intérêts au rang des frais généraux, c'est — la Cour l'admet en principe — qu'ils avaient l'intention de ne pas effectuer de prélèvements sur le capital. En revanche leur silence sur ce point fait présumer le contraire. C'est ce qui explique sans doute l'importance en quelque sorte sacramentelle que la Cour Suprême semble attacher aux expressions « frais généraux », « charges sociales », appliquées aux intérêts. On ne voit guère, en effet, quelles expressions synonymes pourraient être employées en l'espèce : mais il est probable que s'il en existe, la Cour leur attribuerait la même portée et les sanctionnerait de même.

Nous ne prétendons certes pas, en proposant cette expli-

(1) Il est à remarquer en effet qu'on ne peut tirer aucune conclusion contraire de l'arrêt de 1867, puisque les statuts de la Société visés par cet arrêt comprenaient expressément les intérêts au nombre des « charges sociales » expression habituellement considérée comme équivalente à celle de « frais généraux ».

cation, réussir à dissiper complètement les ténèbres des arrêts de 1899 et 1910. Nous ferons remarquer toutefois qu'elle permettrait peut-être de fournir une interprétation passablement satisfaisante des attendus de ces arrêts qui ont le plus mis à l'épreuve la perspicacité des commentateurs :

L'arrêt de 1899 s'exprimait ainsi « Attendu que... l'arrêt (attaqué) a conclu *de ce qu'il n'était pas fait mention des intérêts dans les frais généraux*, que ces intérêts, *dans les conditions où ils ont été stipulés et payés*, ne constituaient pas une charge sociale... affranchie de publicité. »

L'arrêt de 1910 disait d'autre part : « Attendu... que l'arrêt attaqué, *sans vérifier en fait les conditions dans lesquelles ces intérêts ont été stipulés et payés*, en a ordonné la restitution pour l'unique motif, qu'en droit, la clause, *n'ayant pas été publiée, est inopposable aux tiers*..... que cet arrêt n'a pas donné de base légale à sa décision... ».

Rien ne démontre, à l'examen, que le premier des deux arrêts d'appel en question (Limoges 1897) ait, plus que l'autre, recherché « les conditions dans lesquelles les « intérêts ont été stipulés et payés ». Mais il s'est basé, pour apprécier ces conditions, *sur l'omission dans les statuts de la mention des intérêts parmi les frais généraux*. Il en a conclu qu'il y avait une véritable présomption de prélèvement des intérêts sur le capital et a statué en conséquence.

Au contraire, les statuts de la Société, a propos de

laquelle furent rendus l'arrêt du Conseil d'Appel de Saint-Pierre et Miquelon et l'arrêt de la Chambre Civile du 15 novembre 1910, faisaient expressément figurer les intérêts perçus en vertu de la clause au nombre des frais généraux. *La présomption était donc inverse de celle qui avait motivé l'arrêt de la Cour de Limoges en 1897* : il y avait lieu d'admettre à priori que le capital ne subissait aucun prélèvement. *Pour statuer valablement en sens contraire de cette présomption, il eût fallu que l'arrêt attaqué démontrât qu'en fait, elle ne répondait pas à la réalité et examinât par suite en détail « les conditions « dans lesquelles les intérêts avaient été stipulés et payés », et rendit compte de cet examen dans ses attendus.* Or, au lieu de procéder de la sorte, cet arrêt s'est borné à déclarer qu'en droit, la clause, n'ayant pas été publiée, était inopposable aux tiers. Cette affirmation d'une opinion contraire à celle qu'a toujours soutenue la Cour Suprême n'a pas paru à celle-ci constituer une base légale suffisante pour motiver la condamnation à la restitution des intérêts perçus, prononcée contre les associés.

Rien n'empêche d'ailleurs de supposer que la faveur avec laquelle la Cour de cassation considère la clause, lorsque les intérêts sont mentionnés parmi les frais généraux, provient de ce qu'elle suppose en pareil cas une stipulation sous-entendue de reconstitution du capital, comme l'indique M. Percerou, voire même une limitation

tacite de la durée pendant laquelle ces intérêts seront perçus, comme le voudrait M. Frénoy.

Un autre argument, tiré d'un ordre d'idées différent, pourrait peut-être également être présenté à l'appui de la thèse de la validité absolue. Cet argument figure à l'état d'ébauche dans certains arrêts et dans les aperçus de quelques auteurs.

M. Thaller déclare, au cours de l'exposé qu'il consacre à l'opinion dite de la publicité obligatoire de la clause, que la reprise fractionnée du capital ne peut, dans cette opinion, se justifier que si l'on admet que les apports des associés ont été faits en jouissance et non en propriété. On pourrait peut-être admettre à contrario — bien que l'éminent professeur ne le dise pas — que, dans l'opinion contraire (celle qu'il défend) l'apport a lieu, non en jouissance, mais, à l'inverse, en capital seulement. Chose à remarquer, il se trouverait sur ce point d'accord avec Labbé qui, bien que partisan de la publicité, déclare (1) que la clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices peut se traduire ainsi : Apport du capital et non du revenu.

Cette façon de comprendre la clause semble avoir été assez nettement adoptée dans quelques arrêts : « Attendu
« dit la Chambre des Requêtes (2), que si, dans un contrat

(1) Note sous S. 78-2-225 précité.

(2) Req. 7 mai 1878. S. 80-1-107. En ce sens : Trib. Com. Seine 23 nov. 1873. S. 78-2-225. Rouen 15 juin 1882. S. 82-2-92.

« de société, la clause qui accorde des intérêts à raison de
« la mise d'un associé doit être entendue comme établis-
« sant un mode particulier de partager les bénéfices, cette
« interprétation, fondée sur la nature de la convention,
« ne peut prévaloir contre une disposition expresse du
« pacte social, prévoyant l'absence de bénéfices à parta-
« ger et prescrivant dans cette hypothèse le paiement
« des intérêts sur le fonds social lui-même ; *que par l'effet*
« *de cette stipulation, si le capital social versé par l'ac-*
« *tionnaire est mis en commun, confondu dans l'actif*
« *social, exposé à toutes les chances de pertes sans que*
« *l'associé puisse en exiger le remboursement, cet associé*
« *devient, néanmoins, pour les intérêts seulement, créan-*
« *cier de la Société.* »

Il ne paraît pas impossible d'établir sur ces données une construction juridique satisfaisante : la validité de l'apport en jouissance, admise par le Code Civil (art. 1851), n'a jamais été contestée. Il a été dit d'autre part que lorsque ce genre d'apport a pour objet une somme d'argent, son avantage sur l'apport en propriété se réduit à un droit de créance conféré à l'associé qui en est l'auteur pour le remboursement de son capital. Pourquoi ne pas admettre, à l'inverse, que ledit associé peut apporter son capital en demeurant créancier des intérêts ? Il y a là une convention qui ne blesse en rien les principes du droit. Si l'on admet cette hypothèse, les effets de la clause d'intérêts fixes, considérée comme impliquant l'existence d'un

apport de cette nature, en dérivent tout naturellement et ne peuvent plus soulever aucune objection.

En effet 1° le capital social n'est évidemment exposé à aucun prélèvement : l'associé qui a versé sa mise entière a rempli tous ses engagements vis à vis des créanciers éventuels de la Société. Le chiffre indiqué dans l'extrait prescrit par l'article 57 de la loi de 1867 est bien celui du capital social, grevé, il est vrai, d'une charge d'intérêts annuels, mais intact au regard des créanciers ; il n'y a donc pas lieu à *publicité*. 2° La *validité* même d'une telle clause ainsi entendue ne peut même être mise en doute. L'apport de l'associé a pour contre-partie, d'abord sa part du fonds social, lors de la dissolution de la Société, ensuite, sa part dans les dividendes, s'il y en a. Il ne saurait être question de faire entrer en ligne de compte les intérêts, *qui ne font pas partie de l'apport*. — 3° Enfin il ne viendrait à l'esprit de personne de discuter la participation effective de l'auteur d'un apport en capital aux pertes sociales. Non seulement il risque le capital, qui a fait l'objet de son apport, mais — si l'on en croit l'opinion unanime — il sera obligé de s'incliner devant les créanciers et ne pourra concourir avec eux pour le paiement des intérêts qu'il n'aura pas touchés.

Quoi qu'on puisse penser de cette hypothèse, les conséquences en seraient, semble-t-il, assez logiques et en tout cas, bien plus satisfaisantes en équité que celles habituellement attribuées par la Jurisprudence à la clause d'apport en jouissance (1).

(1) V. note de M. Thaller sous Amiens 26 mai 1906. D. 1907 2-25.

On peut donc considérer qu'il existe de sérieux motifs d'approuver le système ordinairement admis par la Jurisprudence, en ce qui touche la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices, et même de reconnaître que ce système est, au point de vue juridique, le plus satisfaisant. Il l'est également au point de vue pratique : car, nous ne saurions trop le répéter, l'adoption de l'une ou l'autre des deux opinions rivales par la Jurisprudence ouvrirait la porte à de nombreux litiges et serait de nature à jeter le trouble dans les relations commerciales entre associés d'une part, entre créanciers et associés de l'autre.

Il ne faudrait pas conclure toutefois que la reconnaissance de la validité absolue de la clause ne présente en pratique aucun inconvénient.

La démonstration du bien-fondé de cette opinion repose toute entière sur l'assimilation des intérêts aux frais généraux, reconnue possible au point de vue juridique. Mais, il faut le reconnaître, les frais généraux sont un poids mort que toute société traîne après soi : la réduction tout au moins proportionnelle des dépenses de cette nature est, dans toute entreprise, un indice de bonne gestion et un gage de prospérité : c'est pourquoi toute augmentation des frais généraux d'une Société, si légitime soit-elle, est regrettable, et susceptible de nuire aux intérêts, non seulement des associés, dont les bénéfices seront réduits d'autant, mais encore — et en l'espèce surtout — des tiers qui ont traité avec la Société. Il est bien entendu

qu'en droit les frais généraux « grèvent » le capital et ne le « réduisent » pas; mais en fait le résultat est le même. « Que l'on présente les choses comme l'on veut, il faut toujours reconnaître que s'il n'y a pas de bénéfices, c'est du capital qui est restitué (1). » Ce qui se passe en pareil cas paraît encore plus choquant, si l'on songe que ce sont les associés qui bénéficient de l'attribution de sommes « grevant » le capital social, et les créanciers qui pâtissent de cette opération.

Aussi n'est-il personne qui ne fût disposé à accueillir favorablement tout expédient de nature à remédier à des inconvénients maintes fois signalés. On en a proposé un certain nombre.

Pour certains auteurs, (2), il y aurait lieu, nonobstant les usages universellement admis en matière de frais généraux, de publier en tous cas la clause, que son caractère de convention statutaire, ainsi que le taux forfaitaire des intérêts stipulés, déterminent et précisent dès l'origine de la Société au contraire des autres charges sociales:

On pourrait faire observer à ce propos que plusieurs autres dépenses cataloguées parmi les frais généraux de la société présentent à un degré égal le caractère de fixité attribué aux intérêts : la publication de ces derniers entraînerait sans doute, peu à peu, par analogie, l'obligation de publier la plupart des autres frais généraux,

(1) Arthuys. T. I n° 474 suiv.

(2) Lyon Caen Sous S. 1911-1-5.

ce qui serait à coup sûr une conséquence exagérée du principe ainsi posé.

Le plus grand nombre des auteurs toutefois préconise un autre moyen : ce serait soit la limitation du taux des intérêts et du montant de la somme qui pourrait être distraite du fonds social en vue du paiement de ces derniers, soit celle de la durée pendant laquelle les intérêts pourraient être distribués, soit la combinaison de ces deux limitations.

La fixation préalable du nombre d'années pendant lesquelles il pourrait être procédé à la répartition d'annuités représentant les intérêts des apports, semble rallier les suffrages d'une imposante partie de la doctrine. Elle figure d'ailleurs dans plusieurs législations étrangères. Le projet de loi sur les Sociétés anonymes présenté en 1884 contenait une disposition de ce genre. On sait que ce projet n'eut pas de suite. Mais l'idée de cette réglementation a paru séduisante à certains auteurs (1), au point de les amener à prétendre que toute clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices ne devait être réputée exécutoire que durant une période de début, dont ils ne se préoccupent d'ailleurs pas de fixer la durée. Cette opinion, d'ailleurs peu fondée, n'a guère été suivie. La plupart des auteurs se sont bornés à formuler sur ce point leurs desiderata. « Nous avons approuvé, dit « M. Thaller, à la fin de l'étude qu'il a consacrée à la « clause — la distribution d'intérêts au point de vue de

(1) Boistel Précis de droit commercial 3^e édit. n^o 295.

« la Loi, même pour un temps illimité; mais elle ne
« peut sérieusement se défendre que pour les entrepri-
« ses qui doivent exploiter, et pendant cette phase de
« construction seulement. »

Ces conjectures et ces souhaits n'ont hélas ! qu'une portée platonique. La publicité obligatoire de dépenses figurant parmi les frais généraux ne peut guère se soutenir; et d'autre part, on est bien forcé de reconnaître que « la légalité de la clause ne dépend pas d'une limitation de temps » et qu'on ne saurait introduire une « distinction selon la durée de ses efforts dans une convention qui n'en contient pas. » (1).

La loi seule aurait le droit de trancher la difficulté en édictant des mesures préventives — comme l'ont fait la plupart des législations étrangères — contre les dangers de la clause non publiée. Mais la loi est toujours restée muette sur ce point et les projets où il en était question ont paru voués à un échec. A défaut de disposition légale, un arrêt des Chambres Réunies parviendrait sans doute à fixer dans une certaine mesure les incertitudes : le hasard a voulu que les Chambres Réunies n'aient pas eu à se prononcer (2).

(1) Frénoy, loc. cit.

(2) D'après des renseignements que nous avons recueillis de source privée, la Cour de Bordeaux devant laquelle l'affaire jugée par la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 15 novembre 1910 avait été renvoyée, aurait dans son arrêt rendu le 18 juin 1912, adopté la même thèse que le Conseil d'appel de St-Pierre et Miquelon. Il pourrait donc y avoir lieu à pourvoi devant les Chambres Réunies. Au cas où ce pourvoi aurait été formé — ce que nous ignorons et ce qui semble peu probable, vu l'importance relativement faible des intérêts en jeu — il serait

Nous terminerons en formulant le vœu que les législateurs de l'avenir tiennent compte des desiderata qui suivent, exprimés par les maîtres de la Science du Droit et que le texte qu'ils voteront en soit inspiré :

1° Fixation — ou plutôt indication d'un procédé de fixation (par exemple, en déclarant que la charge imposée au capital par la distribution des intérêts ne pourra excéder, *au total*, pour toutes les années durant lesquelles cette distribution sera permise, un tant pour cent dudit capital) — de la durée pendant laquelle les intérêts pourront être exigés (Lyon-Caen, Thaller, Arthuys, etc. — législations étrangères).

2° Obligation de publier dans l'extrait des statuts, soit toute clause de nature à produire une augmentation sensible des frais généraux, soit la clause d'intérêts fixes seule (Lyon-Caen, Arthuys, etc.). Cela en attendant du moins que le système de publicité des sociétés actuellement en vigueur, contre lequel beaucoup de critiques ont été formulées, non sans raison (1) ait été réformé.

3° Limitation du taux des intérêts (Projet de loi de 1884).

4° Obligation pour les gérants ou administrateurs de

intéressant de savoir si les Chambres Réunies s'attacheraient, pour solutionner le litige, aux mêmes considérations qui ont motivé l'arrêt de la Chambre Civile. En tout cas, leur décision ne doit par encore être intervenue.

(1) Pic, T. I. n° 264 et suiv.

publier le bilan annuel des Sociétés qu'ils dirigent (Thaller et différents Codes étrangers).

5° Détermination d'un délai accordé aux Sociétés déjà constituées pour se mettre d'accord avec les dispositions de la nouvelle loi.

Le texte dans lequel ces mesures — on peut en concevoir d'autres — seraient combinées de façon à protéger absolument les créanciers éventuels des Sociétés, sans entraver toutefois la liberté des transactions commerciales et l'initiative des fondateurs d'entreprises; ce texte rallierait tous les suffrages et mettrait fin pour toujours aux controverses nées d'une question qui est restée une des plus difficiles que présente l'étude « des Sociétés » (1).

Le Président de la Thèse,
WEISS.

Le Doyen,
CAUWÈS.

Vu et permis à imprimer.
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD.

(1) Thaller loc. cit.

APPENDICE N° 1

De la clause d'Intérêts payables en l'absence de bénéfices en Législation comparée.

La plupart des Législations commerciales européennes sont de date plus récente que la législation française correspondante. Aussi ne doit-on pas être surpris d'y voir figurer certaines dispositions qui sont demeurées chez nous à l'état de projets.

La clause d'intérêts payables en l'absence de bénéfices a subi, depuis 1867, date de la dernière loi française, une évolution parallèle à l'évolution générale des Sociétés de commerce ; c'est pourquoi, bien loin d'imiter à son égard, le silence de la loi française, la plupart des Codes étrangers mentionnent expressément cette clause et en réglementent les applications.

Sans être partout également bien inspirée, cette réglementation n'en est pas moins en principe, bien préférable à l'ignorance, réelle ou feinte, dont notre législation nationale fait preuve à l'endroit d'une stipulation si répandue. Il est plus d'un pays où les desiderata les plus logiques en cette matière ont été réalisés et dont l'exemple devrait décider nos législateurs à remédier aux lacunes archaïques du Code de Commerce sur ce point.

Il n'est guère de pays où la licence accordée aux sociétés soit, en ce qui concerne la clause, aussi complète qu'en France (1). On s'est en général rendu compte des inconvénients d'une reconnaissance sans conditions de la validité. Les mesures prises à l'encontre de ces inconvénients sont d'ordinaire sans rapports avec la question de publicité, qui est d'ailleurs le plus souvent assurée par des moyens différents de ceux prescrits par la loi du 24 Juillet 1867. Elles consistent en une réglementation soit de la durée pendant laquelle la distribution d'intérêts fixes sera admise, soit du taux desdits intérêts. Il convient de rappeler à ce propos que ces deux procédés avaient été préconisés et adoptés au Congrès international des Sociétés par actions (Paris 1889), qui dans une de ses résolutions, demandait que les intérêts à distribuer en l'absence de bénéfices fussent fixés à 3 0/0 au maximum, et que lorsque le total des intérêts ainsi répartis atteindrait 15 0/0 du capital, toute distribution de ce genre fût interrompue.

1° *Allemagne.* — L'Allemagne est sans doute le pays où le jeu de la clause a été le mieux et le plus complètement réglementé. Déjà l'ancien Code de Commerce de 1861 avait prévu l'existence de la clause dans les Sociétés par actions, en la reconnaissant pour valable dans les Sociétés anonymes, (art. 287) *dont le bilan était annuelle-*

(1) Nous supposons admis, bien entendu, le système de la Jurisprudence.

ment publié (art. 239), mais non dans les Sociétés en commandites par actions (art. 197), où la publication du bilan n'était pas ordonnée.

Le nouveau Code de 1897 a admis la validité de la clause dans ces deux espèces de sociétés par actions (art. 215 al. 2 et 329 al. 2) ; mais cette validité n'est que temporaire. En effet, la distribution d'intérêts n'est autorisée que pour la période durant laquelle seront effectuées les travaux indispensables pour permettre à la Société de recueillir les fruits de l'exploitation qui constitue son objet. La durée de cette période doit être fixée par les statuts mêmes. Le nom donné aux intérêts ainsi perçus (Bauzinsen) indique le caractère provisoire que la loi leur attribue.

Pour les sociétés en nom collectif, la disposition contenue dans les art. 121 et 122 mérite d'être signalé. Point n'est besoin ici de faire figurer dans les statuts une clause formelle permettant la distribution d'intérêts. Cette distribution est de droit, même en l'absence de bénéfice, pourvu que l'intérêt ainsi perçu n'excède pas 4 0/0 des mises. La clause d'intérêts fixes est comme sous entendue : c'est la conséquence du caractère alimentaire que présentent souvent, dans les sociétés de ce genre, les intérêts annuels. Toutefois, l'intérêt prélevé de la sorte est imputé sur les mises, qui en sont réduites d'autant, et c'est la mise ainsi réduite qui sert, l'année suivante, de base de calcul de l'intérêt. On peut être surpris de voir la modification du chiffre du capital social ainsi autorisée, alors

que les dispositions relatives à la publicité ont pour but d'y mettre obstacle.

Notons encore, en passant, la façon dont est réparti, en cas de bénéfices, l'excédent de ceux-ci sur les intérêts : la distribution a lieu, pourvu qu'il n'en résulte aucun dommage apparent pour la Société, et cela par parts égales entre les associés, quel que soit le montant de leur apport.

Pour les Sociétés en commandite simple, les règles sont analogues : chaque associé a droit à un intérêt fixe, au prorata de sa mise ; — l'excédent des bénéfices sur les intérêts ainsi répartis peut être ensuite distribué : mais la part des commandités dans cette distribution est plus forte que celle des commanditaires. Une différence importante résulte toutefois des dispositions de l'article 169, en ce qui touche les commanditaires. Ceux-ci en effet n'ont droit à aucun intérêt en l'absence de bénéfices ; mais s'il existe des bénéfices, ils peuvent retirer d'abord les 4 0/0 d'intérêts que la loi leur accorde, plus la part leur revenant dans l'excédent, sans avoir égard aux intérêts de la Société.

Suisse — Bulgarie. — Les dispositions du Code Suisse des Obligations (art. 630) et du Code Bulgare de Commerce (art. 173 et 219) reproduisent à peu de chose près les dispositions du Code de Commerce allemand, en ce qui touche les Sociétés par actions : fixation par les statuts d'une période pendant laquelle les intérêts pourront être distribués. Le Code Suisse n'admet pas la distribu-

tion d'intérêts au commanditaire, dans la commandite simple.

Hongrie. — La loi hongroise de 1875, qui ne reconnaît comme forme de Société par actions que la Société anonyme, (art. 165), fait aussi la distinction d'une période d'installation, pendant laquelle seule les intérêts peuvent être distribués. Mais, contrairement aux prescriptions du Code allemand, la durée de cette période n'est pas obligatoirement fixée par les statuts.

Italie — Roumanie — Portugal. — Le Code de Commerce italien de 1882 (art. 181) contient les dispositions suivantes (en matière de sociétés par actions) : la période durant laquelle des intérêts peuvent être distribués sans avoir égard aux bénéfices ne peut excéder trois années; le taux de ces intérêts ne peut excéder 5 0/0. — Ils sont considérés comme frais d'administration et le capital dans lequel leur prélèvement a fait brèche doit être reconstitué au moyen des bénéfices des exercices postérieurs — cela, bien que la publication du bilan annuel soit exigé.

La Roumanie (Code de Commerce, art. 183) et le Portugal (C.Com. art. 192) ont adopté des dispositions identiques.

En matière de commandite simple, la distribution d'intérêts (Code Com. Italien, art. 117) donne toujours lieu à rapport contre l'associé de mauvaise foi.

Belgique. — La loi ne prescrit la restitution des intérêts

à la faillite que pour la commandite simple (art. 21). Dans les Sociétés par actions, il paraît résulter des travaux parlementaires de 1873 que toute clause d'intérêts est proscrite, comme inconciliable avec l'idée de Société. La publication annuelle du capital, ordonnée par la loi, (art. 41 et 65) serait cependant de nature à atténuer les inconvénients d'une stipulation de ce genre.

Le Code de Commerce hollandais n'interdit positivement la distribution d'intérêts aux actionnaires que dans les Sociétés anonymes.

APPENDICE N° II

Nous avons dit que la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices devait, en principe, figurer dans les statuts. Il est à remarquer que l'utilité d'une telle clause se fait principalement sentir au début de l'existence des Sociétés, et cela pour deux raisons, que nous avons exposées d'autre part en détail : d'abord, parce que c'est au moment de leur fondation que les Sociétés ont besoin de faire le plus de sacrifices pour attirer les souscripteurs, ensuite parce que c'est dans les premières années d'exploitation qu'il y aura le plus souvent lieu de distribuer des intérêts en l'absence de bénéfices.

Toutefois, il se peut que la nécessité d'une stipulation de ce genre n'apparaisse que postérieurement aux premières opérations sociales. Sera-t-il alors possible d'introduire la clause dans les statuts sans être obligé de recourir à l'expédient coûteux, sinon impraticable, d'une dissolution suivie de reconstitution ?

A en croire M. Thaller, toute modification des statuts dans ce sens serait impossible : « La créance d'intérêts
« qu'on n'a pas pris soin de se réserver dans les statuts
« ne peut naître par un fait postérieur..... On ne peut,
« au moyen d'un changement de langage s'octroyer un
« droit que la loi refuse. » Une distribution d'intérêts

faite dans ces conditions ne serait en réalité pas autre chose qu'une distribution de dividendes fictifs, soumise comme telle aux règles édictées par l'art. 10 de la loi de 1867. Ce serait même, d'après M. Thaller, uniquement en prévision d'une répartition de cette sorte que le rapporteur de ladite loi aurait, dans le passage que nous avons cité d'autre part, déclaré repousser les distributions d'intérêts (1).

Selon l'opinion d'autres auteurs (2), la clause peut être votée après coup, et ce vote n'excéderait pas les pouvoirs d'une assemblée générale extraordinaire. Dans cette opinion, la modification des statuts résultant de l'introduction de la clause pourrait se décomposer comme suit :

- 1° Une augmentation des frais généraux ;
- 2° Une réduction du Capital Social.

Ces deux modifications rentrent bien dans le cadre des attributions de l'Assemblée Générale extraordinaire, sous réserve bien entendu de l'observation des dispositions légales (loi de 1867, art. 31, 37, 39, etc.) et des règles spéciales établies par les statuts ; sous réserve également de l'observation des règles de publicité destinées à sauvegarder les droits des tiers (3).

(1) Thaller. Op. cit. Il est à remarquer que l'arrêt cité par cet auteur (Req. 15 nov. 1869 S. 70. 1. 216) ne s'applique que très imparfaitement à l'espèce envisagée, car la Société à l'occasion de laquelle cet arrêt a été prononcé non seulement n'avait pas inséré la clause dans ses statuts, mais y avait fait figurer une stipulation d'après laquelle les intérêts n'étaient payables que sur les bénéfices.

(2) Percerou. Etude du Journal des Soc. 1907, p. 62 suiv.

(3) En ce sens Trib. de Com. de la Seine 14 oct. 1874.

En ce qui concerne cette dernière obligation, il est inutile de revenir sur ce qui a été dit dans le cours de cette étude, relativement à la publication de la clause. Nous avons d'ailleurs fait observer que les inconvénients du défaut de publicité étaient moindres dans les Sociétés par actions. Faisant abstraction de toute considération de cette nature, nous croyons devoir donner la préférence à l'opinion que nous venons d'exposer. Il nous paraît vraisemblable que l'Assemblée générale extraordinaire ait le droit, non seulement de faire subir au capital social, d'un seul coup, une réduction une fois consentie, mais encore de stipuler une condition impliquant une réduction éventuelle et fractionnée dudit capital. A fortiori doit-on statuer dans le même sens, si l'on estime que la clause n'a d'autre conséquence qu'un simple accroissement des frais généraux. En tout cas, du fait de l'intervention de l'assemblée générale, de la fixation *ne varietur*, du taux de l'intérêt, l'idée d'une distribution de dividendes fictifs ne nous paraît pas fondée, à supposer, bien entendu, qu'il ne soit pas confectionné d'inventaires mensongers.

Une autre question se pose également, au sujet des pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire : Cette Assemblée peut-elle modifier la clause quand celle-ci figure dans les statuts, décider, par exemple, qu'il ne sera plus distribué d'intérêts que sur les bénéfices ?

La possibilité d'une telle modification a été combattue, au nom de la conception habituelle des pouvoirs de la majorité, dans une Assemblée extraordinaire. Il y aurait

atteinte, a-t-on dit, au mode de répartition statutaire des bénéfices. Pour répondre à cette objection, il suffit de rappeler que la clause, telle que nous la concevons ne joue précisément qu'en l'absence de bénéfices.

Plus sérieuse semble l'objection tirée de la rupture de l'égalité statutaire de traitements, au préjudice des porteurs d'actions de capital, non amorties, auxquels des intérêts fixes ont été promis et qui se trouveraient ramenés à la situation de simples porteurs d'actions de jouissance, au mépris des conditions à raison desquelles, peut-être, ils se sont déterminés à souscrire. Un jugement du Trib. de Com. de la Seine du 25 Juillet 1901 avait décidé que, à raison de ces conséquences, une pareille modification des statuts excédait les pouvoirs de l'Assemblée Générale. D'après M. Percerou, ce système ne pourrait plus être valablement soutenu depuis la promulgation de la loi du 16 novembre 1903, à la condition que la modification en question, fût, conformément au paragraphe 4 de l'art. 34 C. Comm., modifié par ladite loi, approuvé par une Assemblée spéciale des actionnaires intéressés. Nous nous rangerons volontiers à cette opinion.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

OUVRAGES GÉNÉRAUX.

- Carpentier* : Répertoire, V^o Sociétés commerciales, n^{os} 1710 et suiv., 1736 et suiv., 1733 et suiv.
Dalloz : Jurisprudence générale, V^o Sociétés, n^{os} 1393 et suiv., n^{os} 1787 et suiv., Supplément, cod. V^o.

OUVRAGES SPÉCIAUX.

- Alauzet* : Commentaires sur le Code de Commerce, n^o 488 et suiv.
Arnoul : Dans Annales de Droit Commercial, 1902, p. 237.
Arthuys : Dans Revue Critique, 1901, p. 321 : Traité, t. I, n^o 477, t. II, n^o 794.
Bédarride : Sociétés, t. I, n^o 224.
— Commentaire sur la loi du 24 juillet 1867, n^o 233.
Boistel : Précis de Droit Commercial, n^o 249 et 293 suiv.
De Courcy : Sociétés anonymes, p. 156.
Delangle : Sociétés, t. I, n^o 361, suiv.
Demangeat : Sous Bravard, t. I, p. 160 en note et suiv.
Dutruc : Contentieux Commercial, V^o Sociétés.
Duvergier : Collection des Lois, 1836, p. 347.
Floucaud Pénardille : Des Sociétés par actions, passim.
Houpin : Traité des Sociétés, 3^e édition, n^o 726.
Lescœur : Essai sur les Sociétés, n^o 333.
Lyon-Caen et Renault : Traité de Droit Commercial, 4^e édition, t. II, n^{os} 199, 539, 552 et suiv.
— Précis, n^o 181 et suiv., n^o 279.
Mathieu et Bourguignat : Commentaire de la loi de 1867, n^o 92 et suiv.
Molinier : Droit Commercial, n^{os} 466, 537.
Pannier : Dans Revue Pratique du Droit Français, t. 47, p. 476.

Pardessus : Cours de Droit Commercial, t. III, n° 1035 (6^e édit., p. 130).

Percerou : Contribution à l'étude des Sociétés par actions, passim.

Pic : Sociétés Commerciales, t. I, n°s 264 et suiv.

Pont (Paul) : Sociétés, t. II, n°s 1160-1456 et suiv., 1490.

Rivière : Commentaire de la Loi de 1867, p. 144, n° 104.

Rousseau : Sociétés Commerciales, n° 914 et suiv.

Ruben de Couder : Dictionnaire de Droit Commercial, V^o Sociétés en Commandite.

Thaller : Etude dans Journal des Sociétés, 1884, p. 171, 183, 391, 397, 465, 478, 570, 577.

— Traité élémentaire de Droit Commercial, 4^e édit., n° 385.

Troplong : Répertoire, V^o Sociétés, n° 391.

Vavasseur : Traité des Sociétés, n°s 560 et suiv. 1017.

JURISPRUDENCE

COUR DE CASSATION.

Req. 19 mai 1847. S. 47-1-585.

— 15 janvier 1862. S. 62-1-133.

— 5 août 1862. S. 63-1-141.

Civ. 8 mai 1867. S. 67-1-253. D. 67-1-193 (Note de Beudant).

Req. 6 mai 1868. S. 68-1-243.

— 15 novembre 1869. S. 70-1-216.

7 mai 1878. S. 80-1-107.

Civ. 8 mars 1881. S. 81-1-257 (Note de Demangeat).

Req. 28 juillet 1896. S. 1900-1-391.

— 5 décembre 1898. Journal des Sociétés 1899, p. 303.

Civ. 7 novembre 1899. S. 1901-1-513 (Note de Wahl). D. 1900-1-399.
(Note de Thaller).

— 7 novembre 1899. Pand. 1901-1-321 (Note de Champcommunal).

— 15 novembre 1910. S. 1911-1-5 (Note de Lyon-Caen). D. 1912-1-97 (Note de Percerou).

— 15 novembre 1910. Etude par M. Frénoy, avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, dans Revue des Sociétés, 1911, p. 52.

COURS D'APPEL.

Orléans, 20 décembre 1860. S. 61-2-289.

Douai, 21 février 1861. S. 61-2-294.

Rennes, 23 août 1863. S. 64-2-63.

Caen, 16 août 1864. S. 65-2-33.

Lyon, 8 juin 1864. S. 65-2-233 (motifs).

Angers, 18 janvier 1865. S. 65-2-211.

Douai, 26 mai 1865. S. 66-2-157.

Paris, 10 janvier 1867. S. 69-2-239.

Bourges, 21 août 1871. S. 71-2-257.

Paris, 1^{er} juin 1876 } S. 78-2-225 (Note de Labbé. D. 79-2-193.
— 9 août 1877 }

Douai, 9 avril 1879. S. 79-2-320.

Rouen, 15 juin 1882 } S. 83-2-92.
Paris, 5 décembre 1882 }

Lyon, 28 janvier 1890. S. 93-2-52.

Paris, 4 décembre 1899. D. 1900-2-271.

Tribunal de Commerce du Havre. Dans S. 63-4-137 (Note de Demangeat).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction. — I. EXPOSÉ DE LA QUESTION: Comparaison des intérêts perçus en vertu de la clause d'intérêt fixe avec les dividendes fictifs. — II. Avantages de la clause d'intérêt dans les différents types de sociétés. — III. Sources législatives jurisprudentielles et doctrinales	5
Chapitre Premier. — PREMIER SYSTÈME: Nullité absolue de la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices.	21
Chapitre II. — DEUXIÈME SYSTÈME: Validité de la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices moyennant publication. — I. Démonstration de la validité. — II. Subordination à la publication. — III. Sanctions du défaut de publicité.	29
Chapitre III. — TROISIÈME SYSTÈME: Validité absolue de la clause de répartition d'intérêts en l'absence de bénéfices. — I. Système de la Jurisprudence jusqu'en 1884. — II. Système doctrinal de M. Thaller. — III. Dernier état de la Jurisprudence. — Étude de l'arrêt du 7 Novembre 1899. — Étude de l'arrêt du 15 novembre 1910	51
Conclusion. — APPENDICE I: Législation comparée. — APPENDICE II: Vote de la clause de répartition par l'Assemblée générale.	103
Bibliographie.	133
